

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

UNE NOUVELLE INTERPRÉTATION

DE L'ARTICLE 2 DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 19 Décembre 1908, à 2 heures du soir

PAR

ETIENNE VALETTE

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. HUVELIN, *professeur.*

Suffragants : { MM. JOSSERAND, *assesseur du Doyen.*
 { LÉVY, *professeur.*

SAINT-ÉTIENNE

IMPRIMERIE DE « LA LOIRE RÉPUBLICAINE »

16, Place Marengo, 16

1908

Thèse Lyon 1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552622_0055

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

UNE NOUVELLE INTERPRÉTATION

DE L'ARTICLE 2 DU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 19 Décembre 1908, à 2 heures du soir

PAR

ETIENNE VALETTE

Avocat à la Cour d'Appel



JURY DE LA THÈSE

Président : M. HUVELIN, *professeur.*

Suffragants : { MM. JOSSERAND, *assesseur du Doyen.*
LÉVY, *professeur.*

SAINT-ÉTIENNE

IMPRIMERIE DE « LA LOIRE RÉPUBLICAINE »

16, Place Marengo, 16

1908

UNIVERSITÉ DE LYON. - FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. *, I. ☉, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

MABIRE, *, I. ☉, professeur honoraire.

GARRAUD, I. ☉, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ☉, professeur de Droit romain.

FLURER, I. ☉, professeur de Droit civil, Doyen.

THALLER, *, I. ☉, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☉, professeur honoraire.

COHENDY, O *, I. ☉, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☉, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☉, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☉, professeur d'Histoire générale du droit français.

BOUVIER, I. ☉, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ☉, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ☉, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, A. ☉, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, A. ☉, professeur de Droit romain.

LEVY, A. ☉, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ☉, professeur d'Histoire des doctrines économiques et d'Economie politique.

BECQ (J.), I. ☉, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DIVERS

DOMAT. — Les loix civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et Legum delectus (Traité des lois, chap. XII; et Livre préliminaire, tit. I, sect. I). Paris, 1756.

LÔCRÉ. — Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion. Paris, an XIV (1805).

LOCRÉ. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France (tome I). Paris, 1827.

FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil (tome VI). Paris, 1827.

BLONDEAU. — Essai sur ce qu'on appelle *Effet rétroactif* des Lois. Thémis, tom. VII, p. 347-370. Bruxelles, 1825.

DUVERGIER. — De l'effet rétroactif des lois. Revue de Dr. fr. et étr. 1845, tome II, p. 1 s. et 91 s.

MAILHER DE CHASSAT. — Traité de la rétroactivité des lois, 2 volumes. Paris, 1845.

JOUSSELIN. — Des mots *effet rétroactif* et *droits acquis*, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire. Rev. crit. de la jurispr. en mat. civ. 1852, II, p. 180-189.

VAREILLES-SOMMIÈRES. — Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. Paris, 1893, et Rev. crit. de légis. et de jurispr. 1893, p. 444 s. et 492 s.

- GLASSON. — Dissertat. insérée au Dalloz. 1887, 2, 97 s.
- LASSALLE. — Théorie systématique des droits acquis, 2 volumes, traduction française. Paris, 1904.
- POPOVILIEV. — Le droit civil transitoire ou intertemporal (Sa nature juridique, sa règle générale et sa place dans la législation). Rev. trimest. du Dr. civ. 1908, p. 461-507.
-

TRAITÉS DE DROIT CIVIL

- PROUDHON. — Traité sur l'état des personnes (augmenté par Valette), (tome I). Dijon, 3^e édit. 1842.
- BERRIAT-SAINT-PRIX. — Notions élémentaires sur le Code civil (tome I, nos 50-63). Paris, 1845.
- DEMOLOMBE. — De la publication, de l'effet et de l'application des lois en général (tome I). Paris, 1854.
- LAURENT. — Principes du Droit civil (tome I). Bruxelles, 1869.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon (tome I), p. 7-23. Paris, 1869.
- MOURLON. — Répétitions écrites sur le Code civil (tome I). Paris, 1884.
- THIRY. — Cours de Droit civil (tome I, p. 16-38). Paris-Liège, 1892.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil (tome I). Paris, 1892.
- DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique du Code civil (tome 1, p. 43-49). Paris, 1895.
- BEUDANT. — Cours de Droit civil français (Introduction, nos 126-144). Paris, 1896.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit civil (tome I), 6^e édit. Paris, 1896.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET HOUQUES-FOURCADE. — Traité de Droit civil (tome I). Paris, 1896.

AUBRY ET RAU. — Cours de Droit civil français (tome I).
Paris, 5^e édit., 1897.

PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil (tome I). Paris,
4^e édit., 1906.

RÉPERTOIRES ET CODES ANNOTÉS

MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Paris, 5^e édit., 1828.

MERLIN. — Recueil alphabétique des questions de droit, etc.
Paris, 4^e édit., 1829.

SIREY. — Recueil général des lois et arrêts.

DALLOZ. — Nouveau Code civil annoté, art. 2.

DALLOZ. — Répert. méth. et alphab. de légis., de doctrine et
de jurisprud. V^o Lois.

DALLOZ. — Supplément au répertoire. V^o Lois.

DALLOZ. — Recueil périodique et critique de jurisp., de législat.
et de doct.

PANDECTES FRANÇAISES. — Répertoire. V^o Lois.

PANDECTES FRANÇAISES. — Recueil mensuel de jurisp. et de
législat.

FUZIER-HERMAN. — Code civil annoté, art. 2.

FUZIER-HERMAN. — Répertoire du Droit français V^o Lois.

THÈSES

KALINDERO. — De la non-rétroactivité des lois. Paris, 1864.

THÉODOSIADÈS. — De la non-rétroactivité des lois. Paris, 1866.

FOULQUIÉ. — Etude sur la rétroactivité de la condition. Toulouse, 1895.

SAGNAC. — La législation civile de la Révolution française.
Paris, 1898.

DELACOUR. — De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve. Paris, 1905.

RÉVÉRAND. — Etude sur le principe de la non-rétroactivité des lois en matière civile. Paris, 1907.

**Pour la bibliographie étrangère, on trouvera
des index très complets dans :**

GABBA. — Teoria della retroattività delle leggi; 4 volumes
(tome I, p. 17-21), 3^a édit. Torino, 1891.

GÖEPPERT. — Das Princip : Gesetze haben keine rückwirkende Kraft (Annuaire de Ihering, XXII, 1884, p. 3-14).

UNE NOUVELLE INTERPRÉTATION

DE L'ARTICLE 2 DU CODE CIVIL

INTRODUCTION

I. — Exposé du sujet.

L'art. 2 C. civ. est ainsi conçu : *La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif*. Donc deux dispositions :

1^o *La loi ne dispose que pour l'avenir* : Ou ce qui revient au même : La loi ne dispose pas pour le passé.

2^o *La loi n'a pas d'effet rétroactif* : Cette deuxième disposition semble être une explication de la première : les (:) le font présumer. Elle expliquerait alors pourquoi on a cru devoir décider expressément que la loi ne dispose que pour l'avenir. En effet, il semble qu'il n'y a pas besoin de le dire ; mais on aurait voulu établir par là, et ceci résulterait précisément de la deuxième disposition, que la loi ne comporte même

jamais la fiction de rétroactivité, fiction par laquelle elle serait censée se préexister et en quelque sorte disposer pour le passé. J'aurai d'ailleurs bientôt à préciser la portée de cette fiction. L'art. 2 pourrait dès lors se rédiger ainsi : *La loi ne dispose que pour l'avenir, sans fiction de rétroactivité.* J'indique, dès maintenant, que c'est ce premier sens que j'adopte.

Mais la deuxième disposition de notre article peut encore être interprétée de diverses façons qu'une définition appropriée de l'effet rétroactif rendra plausibles : c'est ainsi qu'elle peut être considérée comme une restriction à la première disposition ; le sens de l'article serait alors : *La loi ne dispose pas pour le passé, à moins qu'elle n'ait pas effet rétroactif.*

Elle peut enfin signifier que la loi dispose pour le passé comme pour l'avenir en tant qu'elle n'a pas effet rétroactif. Cette interprétation, bien que rendant inutile la première disposition, est pourtant celle qui est traditionnellement admise. La plupart des auteurs admettent, en effet, d'une part, qu'une loi s'applique au passé comme à l'avenir, quand cette application n'emporte pas effet rétroactif ; — et, d'autre part, que les lois auxquelles on doit reconnaître un effet rétroactif ne sont pas exclusivement des lois s'appliquant au passé : il y a encore des lois qu'ils qualifient de rétroactives bien qu'elles ne disposent que pour l'avenir.

L'art. 2 C. civ., tout le monde l'admet, ne lie pas le législateur, qui reste toujours libre de faire des lois rétroactives. Mais dans le silence du texte, le juge doit

écarter l'application de la loi toutes les fois que cette application emporterait effet rétroactif. Telle est la portée que l'on donne à l'art. 2.

Seulement cet article ne liera effectivement le juge que si l'on peut définir l'effet rétroactif. Sans cela le juge pourra toujours échapper à la règle de l'art. 2 en insérant dans son jugement : « Attendu que l'application de la loi au cas qui nous occupe n'emporte pas effet rétroactif » ce que personne ne pourra contredire.

Les rédacteurs du Code civil admettent pourtant bien que l'effet rétroactif est définissable puisqu'ils le prohibent, et même facilement définissable puisqu'ils ne le définissent pas.

Et, en effet, si on admet le premier des sens possibles de l'art. 2, on voit clairement ce qu'est la rétroactivité. Mais nous avons vu que les auteurs admettent le troisième. Et alors la notion de rétroactivité devient très délicate.

Les interprètes du Code civil ont cherché une définition. Plusieurs ont été proposées ; aucune n'est basée sur la loi, mais sur la raison, l'instinct juridique. Ce que toutes admettent, c'est que l'effet rétroactif est quelque chose de grave, puisque le législateur le prohibe, et que, d'autre part, ce n'est pas uniquement une question de date, puisqu'on ne l'attache pas à toutes les lois disposant pour le passé.

La méthode employée pour trouver ces définitions de l'effet rétroactif est toujours empirique. Les auteurs groupent les cas dans lesquels la jurisprudence et la doctrine décident qu'une loi a effet rétroactif, et ils tâchent de trouver un caractère commun à ces cas

pour en déduire un criterium permettant de reconnaître en droit si une loi a ou n'a pas effet rétroactif. Aucun de ces systèmes n'a été consacré par la loi, ni admis ni en doctrine ni en jurisprudence.

Faut-il regretter cette faillite du système que l'on avait voulu organiser avec l'art. 2 C. civ. ? Je ne le pense pas. D'ailleurs, elle était inévitable. C'est ce que je démontrerai dans la deuxième partie de cette étude.

La première partie sera consacrée à un exposé des diverses définitions qui ont été données de l'effet rétroactif et à la démonstration de l'insuccès de toutes ces définitions.

Voyons maintenant comment s'explique historiquement le vote de l'art. 2 C. civ.

II. — Historique.

Au moment du vote de l'art. 2 C. civ., l'on était effrayé des conséquences que pouvait entraîner l'application rétroactive d'une loi nouvelle. C'est ce qui résulte clairement des paroles de Portalis (Exposé général du C. civ., procès verbal du 4 frimaire an X), rapportées par Locré, *Esprit du Code Napoléon*, I, p. 127-129. Portalis explique pourquoi le Code civil s'est conformé autant que possible à l'ancien droit. Il invoque l'exemple de l'histoire : Solon, Lycurgue n'ont pas fait des lois d'innovation, mais bien conformes à leur milieu. La loi des XII Tables ne fut que le recueil des lois des anciens rois de Rome. Le Code de Justinien et ceux de ses prédécesseurs ne furent que des

compilations. De même, les Ordonnances de l'Hôpital, celles de Louis XIV, les lois de Frédéric II, le Code général de Prusse, ne sont que les gardiens sages et fidèles de toutes les maximes reçues.

« Cependant, il faut l'avouer, il se trouve dans la durée des Etats des époques décisives où les événemens changent la position et la fortune des peuples, comme certaines crises changent le tempérament des individus. Alors il devient possible et même indispensable de faire des réformes salutaires; alors une nation placée sous un meilleur génie, peut proscrire des abus qui l'accablaient, et reprendre, à certains égards, une nouvelle vie. Mais alors, même si cette nation brille déjà depuis long-temps sur la terre, si depuis long-temps elle occupe le premier rang parmi les peuples policés, elle doit encore ne procéder à des réformes qu'avec de sages ménagemens; elle doit, en s'élevant avec la vigueur d'un peuple nouveau, conserver toute la maturité d'un ancien peuple. »

Ceci était une allusion aux excès des lois de la période intermédiaire.

On avait, en effet, brusquement rompu avec l'ancien état de choses sur bien des points : système féodal, privilèges abolis, etc. Une loi du 17 nivôse an II, établissait l'égalité absolue des partages : les règles anciennes de la dévolution des biens héréditaires parurent dès lors si choquantes, que le législateur décida que la loi serait applicable depuis le 14 juillet 1789. On pense bien quelles conséquences graves dut avoir cette décision, obligeant le juge à appliquer la fiction de préexistence de la loi d'une manière absolue, servile, mécanique.

Les conséquences de la loi du 17 nivôse an II furent

si graves que l'on dut abolir l'effet rétroactif de cette loi le 3 vendémiaire an IV. — On comprend que les rédacteurs du Code civil, encore sous l'impression des funestes résultats de la loi de l'an II, aient cru indispensable de formuler un principe dont la justesse ne leur semblait pas contestable.

En l'an III, au lendemain même du vote de la loi du 17 nivôse an II, l'émotion était si grande que l'on avait fait du principe de non-rétroactivité une règle constitutionnelle liant le législateur lui-même : « Aucune loi ni criminelle, ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif. » (Déclarat. des Droits, art. 14).

« L'acte des constitutions du 22 frimaire an VIII, nous dit Locré (op. cit. p. 188), renfermé dans un cadre plus étroit que les constitutions précédentes, ne s'est expliqué que sur l'organisation du corps de la société et sur les pouvoirs qu'il chargeait de la régir ; c'est-à-dire qu'il s'est borné à ce qui était réellement son objet : il n'a donc pas dû répéter l'art. 14 de la Constitution de l'an III. »

Il est heureux que le principe de non-rétroactivité, tel que le comprennent les auteurs, ne soit pas inscrit dans la Constitution. Car « un principe aussi vague, aussi élastique, posé par le pouvoir constituant, pouvait ouvrir la porte à de graves collisions entre les divers pouvoirs publics et à des résistances anarchiques. On aurait pu s'élever contre le législateur et lui reprocher d'avoir violé la Constitution, toutes les fois qu'il n'avait pas assez habilement démêlé quelles attentes pouvaient être détruites, quelles autres pouvaient être maintenues. » (1).

(1) Valette. *Notes sur Proudhon*, art. 2.

Les rédacteurs du Code civil n'hésitèrent pas à formuler le principe de non-rétroactivité en tête du Code civil. La Commission et la Section l'avaient présenté tel qu'il a été rédigé, et il n'a été contesté ni par les tribunaux, ni au Conseil, ni au Tribunat. Nous verrons que la première rédaction avait une disposition relative aux lois interprétatives qui n'a pas été maintenue. (1).

Cependant, nous dit Locré (2) « on a prétendu qu'il ne devait pas être énoncé. On a dit que la disposition serait inutile parce qu'elle n'établirait qu'un précepte pour le législateur, précepte qu'il peut impunément méconnaître, puisque la loi où il serait violé n'en serait pas moins obligatoire. — On a répondu à cette objection que la disposition donne également précepte aux juges ; car elle leur défend de jamais appliquer la loi à des faits antérieurs ; elle est d'ailleurs une garantie pour les citoyens, en ce qu'elle les assure qu'ils ne seront jamais recherchés pour des actes qui n'étaient pas encore défendus par la loi. »

Lors de la discussion de la Constitution de 48, un membre de l'Assemblée aurait proposé de décréter, comme règle constitutionnelle, le principe absolu de non-rétroactivité des lois ; mais il a été répondu que dans certains cas déterminés, la loi devait produire effet rétroactif.

Ce bref historique nous montre donc que c'est sous le coup de l'émotion produite par l'application trop rigoureusement étroite de la rétroactivité qu'on a voté l'art. 2 C. civ. Or, ces funestes excès étaient dus à une disposition formelle du législateur.

(1) Locré. *Esprit du C. nap.*, I, p. 191.

(2) Op. cit. p. 189, s.

Aussi s'empressa-t-on de restreindre ses pouvoirs par une disposition insérée dans la Constitution de l'an III où elle n'avait rien à voir. Mais cette prétention de vouloir restreindre les pouvoirs des législateurs à venir est si artificielle qu'elle ne reparut plus dans la Constitution dès que l'émotion fut calmée.

Il n'y avait donc pas de raison historique de l'insérer dans le Code civil, puisqu'elle ne lie pas le législateur contre lequel elle était dirigée. Ce sont des considérations d'ordre philosophique qui ont cependant fait voter l'art. 2 C. civ. (1). Et ces raisons paraissaient alors si fortes que les premiers interprètes du Code civil ont fait d'immenses efforts pour expliquer comment les décisions des tribunaux qui admettaient l'effet rétroactif, et elles étaient nombreuses, n'infirmait cependant en rien le principe, qui était de portée absolument générale. Mais peu à peu on a bien été forcé d'admettre que souvent les tribunaux donnaient à la loi nouvelle un effet que l'on devait bien qualifier de rétroactif, car il remplissait parfaitement toutes les conditions exigées pour qu'il y ait rétroactivité.

Nous verrons que ces conditions ont varié dans la doctrine avec les époques, mais la jurisprudence ne s'est jamais conformée à aucun système d'une manière précise. Et, aujourd'hui, la doctrine reconnaît que le principe traditionnel de non-rétroactivité souffre de très nombreuses exceptions. Je montrerai combien nombreuses sont les lois auxquelles les auteurs modernes reconnaissent effet rétroactif (V. par ex. Fuzier-Herman, C. civ., art. 2). MM. Aubry et Rau

(1) On trouvera ces considérations dans la Thèse de Sagnac : *La législation civile de la Révolution française*. Paris, 1898.

vont même, nous le verrons, jusqu'à retourner le principe et dire qu'en règle générale la loi a effet rétroactif.

Cependant certains auteurs frappés des nombreuses exceptions qu'il fallait admettre au principe tel qu'il est établi par la doctrine, ont rejeté nettement les bases qu'on avait cherché à lui donner. Le mouvement a été commencé par Vareilles-Sommières (Rev. cr. 1893) qui démontre l'impossibilité d'étayer le principe classique de la non-rétroactivité sur la distinction plus ou moins vaguement suivie par la jurisprudence entre droits acquis et expectatives.

Mais ces auteurs admettent que leur principe de non-rétroactivité liant le juge n'en est pas moins indispensable. Et ils proposent une autre définition de l'effet rétroactif, qu'ils construisent de toutes pièces, qui est peut-être plus conforme à la jurisprudence, mais ne se heurte pas moins à des solutions jurisprudentielles absolument inconciliables avec elle, comme nous le verrons.

Donc, quoi qu'on ait fait, la jurisprudence n'en a pas moins gardé son indépendance. Le principe traditionnel de non-rétroactivité aurait pu arriver à lier le juge, malgré que la loi ne donne pas de définition de l'effet rétroactif, si une jurisprudence constante s'était faite sur la question. Mais ce résultat n'a pas été atteint, le juge a gardé son indépendance et ne s'est jamais soumis au principe traditionnel de non-rétroactivité, sous aucune des formes successives que lui ont données les auteurs.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE ET RÉFUTATION DES DIVERSES DÉFINITIONS DE L'EFFET RÉTROACTIF

Preliminaires.

Avant d'étudier les divers systèmes et de rechercher à quelles solutions se sont arrêtées la doctrine et la jurisprudence contemporaines, je ferai une remarque préliminaire qui est capitale en cette matière.

C'est que, d'après les termes de l'art. 2 C. civ., tels que la plupart des auteurs les comprennent, une loi peut être rétroactive soit qu'elle dispose pour le passé, soit qu'elle dispose pour l'avenir, pourvu qu'elle remplisse les conditions requises pour qu'il y ait effet rétroactif. Or il semble que ces conditions devraient être recherchées séparément pour les deux cas; l'effet rétroactif ne paraît pas devoir être le même pour une loi disposant pour le passé et pour une loi disposant pour l'avenir.

Cependant la plupart des auteurs ne distinguent

nullement entre les deux points de vue et recherchent en bloc les conditions de rétroactivité, au lieu de les étudier séparément. Planiol est le seul à ma connaissance, qui fasse la distinction. Mais pour lui, et ce point de vue est exact, l'effet rétroactif ne peut être attaché qu'aux lois disposant pour le passé. Ce nom ne saurait s'appliquer à aucun effet d'une loi ne disposant que pour l'avenir. Et dans les cas où la théorie traditionnelle écartait la loi disposant pour l'avenir pour cause de rétroactivité, Planiol l'écarte par application de la fiction de survie de la loi ancienne.

Planiol a donc le mérite de vouloir étudier séparément et non pêle-mêle les lois qui ne disposent que pour l'avenir et celles qui disposent pour le passé. Nous verrons qu'il a pourtant fait des confusions.

J'ai parlé à diverses reprises, conformément au langage traditionnel, de loi disposant pour le passé et de loi disposant pour l'avenir. Je veux maintenant préciser le sens de ces expressions.

La loi dispose pour le passé quand elle a des effets tels qu'ils supposent que ce qui est fait n'a pas été fait. Il est bien certain, en effet, qu'une loi ne peut pas statuer réellement pour le passé. Seulement elle peut statuer pour l'avenir de telle manière que la situation soit, autant que possible, la même que si la loi s'était préexistée à elle-même. De telle sorte qu'on va revenir fictivement sur le passé, pour l'amener, sauf impossibilité physique, à ce qu'il aurait dû être si la loi postérieure avait déjà existé.

Au contraire, toute loi qui s'appliquera sans qu'il y ait besoin de recourir à la fiction de la préexistence

pour en expliquer les effets quelqu'absolus et quelqu'immédiats d'ailleurs qu'ils puissent être, sera une loi ne disposant que pour l'avenir.

Il est à peine utile de faire remarquer qu'une loi ne peut statuer effectivement pour le passé. Comme nous le verrons plus loin, ce qui est fait est fait. Il n'en est pas moins vrai qu'on emploie en droit, *brevitatis causa*, l'expression disposer dans le passé ou autres analogues pour signifier disposer dans l'avenir de la même manière que si la disposition dont s'agit avait déjà existé dans le passé.

Par exemple, on dit que l'action en nullité d'un contrat, si elle réussit, anéantit ce contrat même dans le passé (v. par ex. Planiol, I, N^o 343) : or si ce contrat a produit des effets on pourra dire tant qu'on voudra qu'il n'y a jamais eu de contrat, les effets n'en auront pas moins été produits. Lors donc qu'on dit que le contrat est anéanti et cela même dans le passé, on entend tout simplement : 1^o qu'il est anéanti dans l'avenir; 2^o qu'on ramènera la situation à ce qu'elle serait si le contrat n'avait jamais existé, sauf bien entendu impossibilité physique (1). C'est cette fiction que le contrat n'a jamais existé qui constitue la rétroactivité de la nullité. Car là comme partout

(1) Comme nous le verrons la fiction de rétroactivité en droit est arrêtée par l'impossibilité matérielle. V. g. 1654 civ. : le vendeur a le droit de résolution pour non-paiement du prix, sauf au cas où le prix est une rente viagère : le défaut de paiement des arrérages ne peut entraîner la résolution (1978 civ.), ceci parce que le but poursuivi par la résolution de la vente ne peut être atteint, c'est-à-dire qu'on ne peut faire table rase du contrat qui est intervenu, car c'est un contrat aléatoire qui a fait courir des risques aux deux parties, et on ne peut les effacer, on ne peut faire qu'ils n'aient pas été faits, la rétroactivité de la résolution se heurte à l'obstacle matériel.

ailleurs, sauf quand il s'agit de la loi, la rétroactivité est définie par tous : une fiction de préexistence d'un acte ou d'un fait à lui-même ; — et l'effet rétroactif est un effet que l'on fait produire à un acte ou à un fait et auquel on donne la même étendue que s'il s'était produit à une date antérieure à celle où cet acte ou ce fait se sont réalisés. C'est donc une question de date.

Je montrerai, au contraire, que l'effet rétroactif de la loi a été compris très différemment, et qu'on en a fait une question de justice, etc...

SECTION I

Système de Blondeau.

La première théorie que l'on mentionne comme ayant cherché à étayer le principe de l'art. 2 C. civ. sur une définition de l'effet rétroactif est celle de Blondeau (1). Or il est permis de douter que Blondeau, dont l'article est d'ailleurs une œuvre de jeunesse qu'il ne laissa publier qu'avec regret (2), ait eu l'idée de définir l'effet rétroactif.

En effet, après avoir constaté qu'il est bon que le législateur écarte l'application absolue de la loi nouvelle lorsque cette application blesserait si gravement des attentes que les inconvénients surpasseraient les avantages que cette application pourrait offrir, il ajoute (p. 350, n. 1) : « Si l'on viole néanmoins de

(1) *Thémis*, t. VII (1825), p. 347 s.

(2) *Op. cit.* p. 347, n. 1.

pareilles attentes, la loi reçoit ce qu'on appelle vaguement un effet rétroactif. Lorsque le législateur déclare que ses dispositions ne doivent point avoir d'effet rétroactif, à qui appartient-il de décider si l'attente que leur application immédiate renverserait, est ou n'est pas au nombre des espérances légales que le législateur a voulu respecter ? Peut-on abandonner aux juges le soin de recourir aux principes de l'utilité sociale, pour y puiser le motif de leurs décisions ? C'est ce qu'a fait le législateur français. »

Après des déclarations aussi nettes, comment peut-on chercher à voir dans le travail de Blondeau autre chose qu'une énumération de règles de bon sens qu'il propose aux juges qui auront à appliquer une loi nouvelle, et destinées à leur indiquer dans quelle mesure ils devront faire cette application, dans quelle mesure la réserver ?

Il est vrai que Blondeau lui-même souhaite de voir le législateur définir l'effet rétroactif, comme d'autres ont cherché à le faire, et qu'il pense qu'on pourra alors s'inspirer de son Essai. Mais il n'en résulte que plus clairement pour lui, qu'il n'existe pas de définition de l'effet rétroactif.

Et il reconnaît bien l'indépendance du juge quand il dit (p. 350) : « Distinguer les attentes qui doivent être inviolables de celles qui peuvent, au contraire, n'offrir qu'une importance légère en comparaison des motifs puissants qui commandent d'immédiates réformes, c'est faire un traité sur l'effet rétroactif en général ; c'est indiquer au législateur dans quel cas il peut agir immédiatement, et dans quel cas il doit reculer l'empire de ses dispositions ; c'est indiquer aux juges comment ils doivent, pour se conformer à l'esprit du

législateur lorsque celui-ci ne s'est point expliqué, régler l'effet de ses dispositions nouvelles par rapport aux dispositions précédentes. » Dire au juge de statuer en équité, ce n'est pas il me semble restreindre son indépendance.

Et nous voyons maintenant que dans ce système tout ce qui résulte de l'art. 2 C. civ. c'est que le juge ne peut appliquer la loi quand il reconnaît que cette application aurait effet rétroactif.

Or, de deux choses l'une. Ou le juge est juste, et il ne songera même pas à appliquer la loi rétroactivement, puisque dans la conception de Blondeau, la rétroactivité est quelque chose d'injuste. Ou il n'est pas juste, et voudra appliquer la loi rétroactivement. Dans ce cas il n'hésitera pas à déclarer que l'application qu'il fait n'a pas effet rétroactif, ce qu'il apprécie souverainement, comme Blondeau l'admet. Dans un cas comme dans l'autre, on ne voit guère l'utilité de l'art. 2 C. civ.

Cependant Blondeau veut établir des règles qui déterminent les cas où il y aura rétroactivité, règles qui étaieraient le principe de non-rétroactivité si elles étaient transformées en lois. Mais il serait bien impossible d'en faire une loi, car elles comportent une foule de restrictions et sont même souvent complètement en défaut. Blondeau passe en revue les diverses matières du droit privé, car il ne s'occupe que du droit privé, et il décide dans chaque cas quelle est la solution qui lui paraît bonne, et dont à son avis, il serait bon de faire une loi. Je ne veux pas le suivre dans tous ces développements. Je montrerai l'impossibilité de son système en même temps que celle des théories inspirées de la sienne. Je ferai seulement

remarquer qu'il est difficile de comprendre que Blondeau ait cru à la possibilité d'une définition législative de l'effet rétroactif, quand on lit les observations générales dont il fait précéder l'exposé de sa théorie.

C'est ainsi qu'il décide :

« 1^o Que l'attente d'acquérir un droit est d'autant plus faible, que la réalisation du droit dépend encore d'un événement plus éloigné, plus incertain. En conséquence, le mal de détruire une simple aptitude (toujours bien plus léger que celui d'enlever un droit effectif, c'est-à-dire un droit dont l'exercice produit des avantages réels) sera encore d'autant moindre, que les événements nécessaires pour que l'aptitude se transforme en droit effectif, seront plus difficiles, plus rares ou plus incertains.

2^o L'attente de conserver un droit *continu* qu'on aurait déjà définitivement acquis, est plus importante que celle de profiter d'un simple droit *éphémère*. Elle mérite, en outre, plus ou moins d'égards suivant la nature du droit continu dont il est question : en effet, il y a des droits qui tirent presque toute leur valeur de la certitude de leur durée ; les avantages qu'ils procurent actuellement sont en proportion de l'espoir qu'on a eu autrefois de les exercer aujourd'hui, et de l'espoir qu'on a encore de continuer à les exercer à l'avenir : tel est essentiellement le droit de propriété, et en général tous les droits continus qui sont relatifs aux choses soumises à la propriété des particuliers. Les avantages successifs que d'autres droits continus procurent, sont, au contraire, plus indépendants les uns des autres ; et l'utilité que ces droits peuvent offrir aujourd'hui, n'est point augmentée par l'espoir qu'on a eu antérieurement de les exercer dans la

suite, ni par celui qu'on a aujourd'hui de les exercer encore à l'avenir.

3^o Si un droit, effectif de sa nature, est souvent à un terme avant lequel on ne pourra point l'exercer, il se rapproche par là des simples aptitudes; car il est possible que l'ayant droit meure avant que le terme soit arrivé. Cependant si le droit est non seulement transmissible aux héritiers, mais dès à présent dans le commerce, cette double circonstance lui rend les caractères d'un droit effectif, car on peut le considérer comme l'équivalent d'un droit à la somme pour laquelle il pourrait être vendu. S'il est seulement transmissible aux héritiers, il méritera moins d'égards que lorsqu'il est dans le commerce; mais il en méritera cependant plus que s'il était attaché à la personne, attendu le sentiment naturel qui prolonge notre sensibilité au-delà de notre existence. Dans tous les cas l'éloignement du terme est à considérer: si le droit est dans le commerce, il aura d'autant moins de valeur que le terme sera plus éloigné; si le droit est personnel l'attente sera plus faible en raison: 1^o de ce que le terme sera plus éloigné; 2^o de ce que l'ayant droit aura moins d'années de vie à espérer.

4^o Un droit quelconque mérite plus d'égards lorsqu'il résulte d'une convention que lorsqu'il résulte d'un autre événement investitif. — *Motif*. Si l'on détruit la confiance dans l'effet des conventions, on arrête l'essor de l'industrie, on empêche tous ces arrangements utiles dont les particuliers doivent être eux-mêmes les arbitres.

5^o Les restrictions apportées à certains droits blesseront moins les attentes formées, lorsque ces restrictions auront pour objet de satisfaire aux besoins de

l'Etat, que lorsqu'elles tendront simplement à favoriser d'autres particuliers. (En effet, chacun a dû s'attendre à contribuer à la défense et à la conservation de sa patrie). Et, en général, une attente établie cédera d'autant plus facilement, que l'innovation qui la détruit paraîtra plus généralement utile et sera plus conforme aux idées communément admises.

6° Le mal de changer les effets d'un événement investitif arrivé, sera d'autant plus grand : 1° que cet événement aura pu servir de base à un plus grand nombre d'autres événements investitifs : le premier étant déclaré nul, il en résultera une foule d'attentes trompées et une série de procès (c'est ce qui a lieu nécessairement toutes les fois que l'événement arrivé sous la loi ancienne, et qu'on voudrait ensuite rendre inefficace, était la source d'un droit transmissible et aliénable, ou d'un état de capable dont le possesseur a pu faire usage pour contracter, aliéner, acquérir); 2° que le droit détruit ou l'état modifié sera d'ailleurs en lui-même plus important et plus complexe.

7° L'attente formée en vertu d'une loi obscure est ordinairement faible et combattue par des attentes contradictoires.

8° L'attente est moins forte lorsqu'elle repose seulement sur le silence du législateur, que lorsqu'elle est établie sur une disposition expresse. »

Voilà une série de remarques parfaitement raisonnables et de grand sens. On comprend très bien que le juge tienne compte de telles considérations pour limiter les effets de la loi nouvelle qu'il a à appliquer. Mais peut-on concevoir une règle ou plutôt une série de règles telles qu'elles assurent la mise en œuvre de tous ces principes? Evidemment non, et c'est ce qui

résultera de l'étude des théories qui ont voulu établir ces règles, en s'inspirant des idées de Blondeau. Car Blondeau lui-même n'établit aucune règle, mais donne seulement des conseils au juge, ce qu'il répète plusieurs fois. Et il n'établit aucun criterium absolu, mais étudie dans chaque cas les droits qu'il croit devoir résister à la voie nouvelle, et ceux qu'il pense pouvoir être soumis sans inconvénient à une application immédiate et absolue. Ces derniers ne sont pas toujours de même nature. Tantôt ce sont les simples expectatives ; d'autres fois, il faut que ces expectatives ne soient pas dans le commerce ; d'autres fois, il faut encore d'autres conditions, par exemple que d'autres attentes n'aient pas pu s'établir en conséquence de celles qu'il s'agirait de détruire ; que l'événement qui devait convertir la faculté ou l'expectative en droit effectif ne soit pas déjà espéré comme très prochain, s'il s'agit d'un événement fortuit, et s'il s'agit d'un acte volontaire, qu'il n'ait pas été déjà l'objet de démarches ou de délibérations ; que l'opinion publique ne soit pas défavorable à la violation de l'attente dont il s'agit.

L'essai de Blondeau constate donc que le système du Code civil ne lie pas plus le juge que le législateur. L'auteur prétend qu'il serait souhaitable qu'une définition de l'effet rétroactif vint lier le juge, car il craint que la reconnaissance de l'indépendance du juge ne « vienne paralyser l'activité des particuliers, anéantir toute spéculation commerciale, empêcher tous les développements de l'industrie. » Nous verrons dans la deuxième partie de cette étude ce qu'il faut penser de cette terreur superstitieuse du juge. Il voudrait même que le législateur ne put donner à la loi effet rétroactif, mais il reconnaît que c'est impossible, car alors la loi

ne pourrait jamais régir que les individus nés après elle ou du moins parvenus, après elle, à l'âge où l'on commence à concevoir des espérances raisonnables relativement aux rapports qui sont l'objet des lois. Encore pourrait-on craindre, en changeant l'état des enfants, de froisser l'attachement des pères.

Et il se demande avec angoisse : « Qu'arrivera-t-il si le législateur vient à détruire lui-même les espérances qu'il a fait naître, s'il viole les promesses qu'il a faites ? On peut dire qu'il sape alors sa propre puissance, et qu'il se dépouille du caractère sacré qui le distingue du protecteur éphémère dont la force n'est due qu'aux circonstances du moment. Dès lors, plus de propriété, plus de spéculations, plus d'industrie. »

Et ailleurs « le plus grand bienfait des lois, c'est en effet la sécurité qu'elles nous procurent : la confiance qu'elles nous donnent dans l'avenir est la véritable base de toute notre industrie... Ce que les lois seules peuvent faire, ce qui est essentiellement leur ouvrage, c'est d'assurer pour l'avenir les relations qui existent aujourd'hui ; c'est de garantir à l'homme laborieux les fruits éloignés de son industrie, c'est de faire éclore ces spéculations utiles qui supposent une entière confiance dans la durée des diverses combinaisons sociales. »

Nous verrons ce qu'il faut penser de cette méfiance envers le législateur de demain, et de ce prétendu pouvoir absolu des lois pour l'avenir.

Mais Blondeau tout en désirant cette définition de l'effet rétroactif, ne la donne pas. Il n'arrive, en effet, qu'à une notion très complexe de cet effet, notion essentiellement variable dans les diverses hypothèses.

Et je ne trouve nulle part formulée chez lui la distinction nette entre les droits acquis et les expectatives, les premiers étant ceux dont la violation constituerait l'effet rétroactif. C'est donc à tort que Vareilles-Sommières (1) fait remonter à Blondeau cette distinction.

Au contraire, nous la trouvons nettement formulée dans Proudhon (Traité sur l'état des personnes), qui lui, est très affirmatif. « La loi nouvelle, dit-il, ne dispose que pour l'avenir : on doit donc, dans son application, respecter les droits précédemment acquis, autrement ce serait lui donner effet rétroactif. »

Telle est la célèbre définition qui a eu un si grand succès, et qui a la prétention d'établir la règle de droit présumée par l'art. 2 C. civ.

Proudhon pose sa définition comme une vérité incontestable et ne prend nul souci de la démontrer. Il passe de suite à la recherche de ce que sera le droit acquis. Cette définition ainsi présentée est une paraphrase de l'art. 2 C. civ. Elle part de la première disposition : « La loi ne dispose que pour l'avenir », et nous présente, comme conclusion, la deuxième qu'elle explique ainsi : « *donc* on doit, dans son application, respecter les droits précédemment acquis; autrement ce serait lui donner un effet rétroactif. » Cette définition semble donc tirer de l'art. 2 cette proposition : *l'effet rétroactif est une application de la loi qui ne respecte pas des droits acquis, ou, ce qui est tout un, qui est une disposition pour le passé. Violer des droits*

(1) Rev. crit. 1893, p. 451.

acquis, c'est disposer pour le passé. Nous savons dans quel sens il faut entendre l'expression *disposer pour le passé* : c'est appliquer la loi à l'avenir de la même manière que si elle s'était préexistée à elle-même. Il ne devrait donc, d'après la proposition de Proudhon, pas être question de rétroactivité toutes les fois qu'on appliquerait la loi nouvelle sans fiction de préexistence, quelque absolue que puisse être cette application. Or Proudhon n'admet, ne soupçonne même pas ce résultat de sa définition. C'est ainsi qu'il décide, par exemple, que la femme mariée avant le Code civil et devenue veuve depuis le Code, n'en garde pas moins droit au douaire.

Donc, malgré sa définition, Proudhon ne distingue pas entre les deux aspects de l'effet rétroactif, et, pour lui, cet effet résulte de la violation d'un droit acquis, soit que la loi ne dispose que pour l'avenir, soit qu'elle dispose pour le passé. Donc dans ce système, et malgré la définition de Proudhon, il faut reconnaître que la première disposition de l'art. 2 C. civ. est contredite par la deuxième. Donc la proposition de Proudhon n'est pas exacte, et le véritable principe de son système est le suivant : *On doit dans l'application de la loi nouvelle, respecter les droits précédemment acquis ; autrement ce serait lui donner effet rétroactif.*

D'abord on ne voit pas pourquoi ce serait lui donner effet rétroactif. Où Proudhon prend-il que l'effet rétroactif soit la violation du droit précédemment acquis ? Le droit romain ne s'expliquait pas là-dessus. Il prohibait la disposition pour le passé sans parler nullement d'effet rétroactif : *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis non ad facta*

præterita revocari. » (1). Le Code civil n'est pas plus explicite. C'est Portalis qui parle de droits acquis dans l'exposé des motifs (2) : « Que deviendrait donc la liberté civile si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis par une loi antérieure ? ».

Seulement quelle idée Portalis se faisait-il du droit acquis ? Il ne nous le dit pas. Et le commentaire qu'on a fait de l'art. 2 sans données plus précises, et en acceptant sans plus de façon l'idée de droits acquis est un de ceux dont on a pu dire avec raison qu'ils tuent la loi. « Ils l'obscurcissent par le mélange d'idées étrangères, et que rien ne garantit. Ils ont l'art dangereux de rendre problématique le texte le plus clair, et d'en tirer des doutes et des questions. Alors la loi manque son but : loin de tracer les règles qui préviennent les difficultés, elle devient, pour la subtile chicane, un moyen de les faire naître. Alors, la loi perd sa majesté : elle n'est plus ce régulateur suprême, cette raison publique devant laquelle la raison individuelle doit se courber avec soumission et respect ; c'est une lettre morte que chacun tourmente et défigure au gré de ses caprices et de son intérêt, et qui, cessant d'avoir un sens propre, se prête à tous ceux qu'on veut lui donner. » (3).

L'interprétation que propose Proudhon de l'art. 2 aurait pu être bonne à une condition, c'est qu'il donne une définition du droit acquis, et que la jurisprudence l'accepte. On aurait pu sans difficulté supposer alors

(1) L. 7. C. De leg.

(2) Procès-verbal du 5 vent. an II, t. II, p. 389.

(3) Locré. Esprit du Code napoléon, tiré de la discussion, I, p. 1.

que l'intention du législateur avait bien été de prohiber par l'art. 2 C. civ. la violation de droits acquis. Mais nous verrons que le droit acquis est indéfinissable, ce que Vareilles-Sommières a prouvé d'une façon irréfutable.

Et déjà Valette, annotant Proudhon, démontrait l'inexistence d'une distinction précise entre droit acquis et expectative. On ne peut, pour cet auteur, dire que la loi rétroactive est celle qui viole des droits acquis, qu'en traduisant droits acquis par attente très forte et digne d'être respectée, et expectative par attente pouvant être violée sans inconvénient. De là à la vérité il n'y avait qu'un pas ; c'était de décider que le juge apprécierait souverainement quelles étaient ces attentes. Seulement ceci paraissait à Valette un recul. Proudhon lui semblait en progrès sur Blondeau, parce qu'il donnait une définition de l'effet rétroactif, alors que Blondeau se contentait de manifester le désir de cette définition, mais ne la donnait pas et constatait même à regret que le juge appréciait souverainement dans chaque cas. Aussi Valette, bien que trouvant fausse la définition de Proudhon, ne songea même pas à revenir à la constatation de l'indépendance du juge, ce qui eût été un aveu d'impuissance, mais il s'efforça de remplacer cette définition par une meilleure. Seulement (et cela prouve encore qu'en réalité il n'y a pas de règle possible sur cette matière), en droit, la seule façon de perfectionner la prétendue règle de Proudhon était de la rendre moins nette. On se rapprochait ainsi de la vérité.

Et c'est ce que fit Valette qui rendit la règle aussi vague que possible. Mais il n'en voulut pas moins faire une règle à laquelle le juge devrait toujours se con-

former. Malheureusement quelque large que soit cette règle et bien qu'elle se heurte moins que la précédente à des décisions contraires, il n'en reste pas moins de nombreux cas où elle est en contradiction formelle avec les solutions admises en jurisprudence. Vareilles-Sommières, tout en reconnaissant que cette théorie est supérieure aux autres, précisément parce qu'elle est moins nette, en démontre pourtant, comme nous le verrons, la fausseté.

Valette aurait pourtant bien senti au fond qu'il n'y avait à tenir compte, pour l'application d'une loi nouvelle, que des circonstances du fait, et qu'aucune règle ne peut être donnée.

L'art. 2 C. civ. dit-il, paraît au premier abord, présenter le sens suivant : une loi nouvelle n'enlève pas à des faits accomplis les conséquences qu'ils devaient avoir aux termes de la loi existante à l'époque où ils se sont passés, et ne donne également à ces faits aucune conséquence nouvelle. En d'autres termes, une loi ne change rien aux conséquences d'un fait accompli ni pour y ajouter ni pour en retrancher.

« Cette proposition dans toute son étendue serait inadmissible en pratique, puisqu'il n'est aucune loi qui ne vienne modifier sous quelque rapport, certaines conséquences plus ou moins éloignées de faits antérieurs, on doit donc nécessairement limiter l'application de ce principe. Mais quelles conséquences la loi nouvelle pourra-t-elle raisonnablement modifier ? Quelles conséquences, au contraire, devra-t-elle respecter et conserver dans tous leurs développements, dans toutes leurs ramifications ? C'est ce qui nous reste à examiner. » (1).

(1) Valette, *Notes sur Proudhon*, p. 22.

Et là l'auteur, s'affranchissant provisoirement du principe de non-rétroactivité, expose des considérations de fait excellentes pour guider le juge dans l'étendue d'application qu'il donnera à la loi. C'est ainsi qu'il écrit (1) :

« La loi nouvelle étant nécessairement considérée par le législateur comme meilleure que l'ancienne, est faite pour remédier aux aléas ou aux imperfections de celle-ci. On devrait donc lui donner les effets les plus complets, et réformer par son application même les résultats qui découlaient des faits accomplis aux termes des lois antérieures, si l'on ne craignait de jeter la perturbation dans la société en enlevant aux particuliers des attentes très fortes sur la réalisation desquelles ils avaient eu juste sujet de compter. Cette crainte seule détermine à respecter des attentes de cette nature.

« On devra donc appliquer la loi nouvelle d'une manière absolue et sans égard aux lois antérieures :

1^o Toutes les fois qu'on pourra le faire sans que personne en éprouve de préjudice. Peu importera dans ce cas la date des faits dont il s'agira de déduire les conséquences légales. Nous aurons notamment à faire l'application de cette première règle aux lois pénales.

2^o Toutes les fois que le préjudice causé par l'application de la loi nouvelle ne sera que la perte d'une attente extrêmement faible surtout si cette application doit procurer un très grand bien.

« Des considérations de différente nature devront être pesées, lorsqu'il s'agira d'apprécier si l'attente était assez forte pour qu'elle dût être respectée. Par

(1) Eod. loc.

exemple, on considérera comme une attente très faible celle qui peut être détruite par l'effet d'une valeur étrangère; telle est l'attente de celui qui est en voie de prescrire, car un acte émané du créancier ou du propriétaire suffit pour détruire cette attente (V. C. civ., art. 2244-2245).

« Telle est encore l'attente d'un légataire dont le legs peut être révoqué au gré du testateur (art. 845). Il en est tout autrement de l'attente de celui au profit duquel une obligation a été contractée.

« La circonstance qu'une attente peut être cédée et transférée à d'autres personnes sera un motif à prendre en considération en cette matière. En effet, ce serait gravement troubler la société que de détruire des attentes qui peuvent intéresser à la fois un très grand nombre de cessionnaires. Ce motif, joint à celui qui a été donné dans le précédent alinéa déterminera invinciblement à respecter les attentes conçues par le propriétaire ou le créancier même conditionnels, tandis qu'on n'aura point égard à l'espérance de l'héritier présomptif d'une personne vivante. Le premier pourrait aliéner ses bénéfices éventuels, ce qui est interdit au deuxième (V. C. civ., art. 791, 1130 et 1600).

« On aperçoit aisément à combien de questions délicates peut donner lieu l'application de l'art. 2 C. civ. Entre les attentes très fortes et les attentes très faibles, il y a beaucoup de nuances intermédiaires sur lesquelles il peut être fort difficile de se prononcer. »

Voilà d'excellents conseils pour le juge. Mais il n'aurait pas fallu vouloir aller plus loin et chercher à en tirer une règle de droit telle que le juge qui s'y conformerait ne puisse donner aucune décision

contraire à ces principes. Une telle règle ne pourrait être que très complexe. Et nous verrons que l'auteur n'a pas plus pu définir les attentes très fortes méritant d'être respectées que Proudhon n'avait pu définir les droits acquis.

Demolombe, après avoir déclaré que le principe de non-rétroactivité est incontestable et se comprend par instinct, affirmation que j'aurai à discuter dans la deuxième partie de cette étude, reconnaît que la mise en œuvre de ce principe est des plus difficiles.

« Quand un fait est né sous la loi ancienne, dit-il, mais que des conséquences de ce fait se produisent et se développent sous la loi nouvelle, quelle loi règlera ces conséquences ?

« La loi ancienne, parce qu'elles dérivent d'un fait qui s'est passé sous son empire ? ou la loi nouvelle, parce qu'elles s'ouvrent et se réalisent depuis sa promulgation ?

« Si vous dites que la loi nouvelle règlera les effets, tous les effets, même les plus directs, les plus nécessaires d'un fait antérieur, vous faites évidemment de la rétroactivité !

« Si vous dites que la loi ancienne règlera les effets, tous les effets, même les plus indirects, les plus éloignés d'un fait ancien, vous énervez la loi nouvelle, vous paralysez, si je puis dire ainsi, le pouvoir législatif lui-même !

« Il faut donc distinguer, et voilà précisément l'œuvre difficile ; il faut discerner, démêler dans le même fait, les conséquences dont les unes appartiennent à la loi ancienne et les autres à la loi nouvelle. »

Remarquons d'abord que Demolombe ne voit qu'un aspect de l'effet rétroactif, celui qui consiste à appliquer à l'avenir la loi nouvelle d'une façon absolue. Il ne voit pas qu'il y a un deuxième aspect, qui, comme nous le savons, consiste à appliquer à l'avenir la loi non seulement d'une manière absolue, mais encore d'une manière telle qu'elle ramène, autant que possible, les situations auxquelles on l'appliquera, à ce qu'elles auraient été si la loi s'était préexistée à elle-même : ce qu'on exprime en disant *qu'on fait disposer la loi pour le passé*. Et pour Planiol, par exemple, la rétroactivité n'existe vraiment que sous ce deuxième aspect.

Une des raisons de la grande difficulté que l'on rencontre en cette matière est d'ailleurs l'extrême confusion de terminologie. Les auteurs négligent de définir ce qu'ils entendent par rétroactivité, par loi disposant pour le passé...

Si bien que nous voyons, par exemple, Baudry, dans son Précis de Droit civil, n° 45 (1), décider que : « Au point de vue rationnel, on ne conçoit pas qu'une loi puisse être obligatoire avant d'exister. Or, c'est ce qui arriverait si elle régissait le passé, si elle produisait son effet en arrière, si elle rétroagissait. D'ailleurs les lois sont ou impératives ou prohibitives ou permissives ; comprendrait-on un commandement, une défense ou une autorisation s'appliquant au passé ? »

Baudry définit donc la loi rétroactive « loi régissant le passé. » Mais il comprend cela au sens littéral des termes, comme serait, par exemple, une loi décidant *qu'il est défendu de s'être marié sans contrat*. Et alors

(1) Edition de 1854.

je comprends très bien que Baudry déclare une telle loi inconcevable. On ne peut, en effet, concevoir une loi régissant le passé qu'en donnant à ces expressions le sens de fiction de préexistence que je leur ai donné.

Jusque-là tout va bien. Baudry définit la loi rétroactive d'une manière différente de la mienne, d'une manière telle qu'elle est inconcevable, je n'ai rien à redire.

Mais il n'en est pas de même si on lit le n° 46 : « Toutefois, le principe de non-rétroactivité soutenu dans l'art. 2 ne lie pas le législateur ; il ne lie que le juge chargé d'appliquer la loi. En effet, l'omnipotence législative n'est restreinte que par la constitution, et l'art. 2 n'est pas une loi constitutionnelle. Le législateur peut donc faire des lois rétroactives, mais sauf à user de ce droit avec une extrême réserve. Ce précepte n'a pas toujours été suivi. Le pouvoir législatif de la période révolutionnaire dépasse certainement sur ce point la juste mesure (V. notamment la loi du 17 niv. an II). — Aussi la Constitution du 5 fructidor de l'an III retira-t-elle au législateur le droit de faire des lois rétroactives. Mais, au point de vue rationnel, une pareille défense ne se conçoit pas. »

L'auteur affirme donc ici que la défense au législateur de faire des lois rétroactives ne se conçoit pas, après avoir affirmé au numéro précédent que la loi rétroactive ne se conçoit pas. Et il prend bien soin de faire remarquer dans les deux cas qu'il se place au point de vue rationnel. — Ici, j'avoue ne plus concevoir moi-même.

Baudry ne conçoit pas qu'on défende au législateur de faire des lois rétroactives, alors que par ailleurs il ne peut pas concevoir qu'une loi puisse être rétroactive.

Je ne veux pas m'appesantir sur ce non-sens flagrant. Il suffit de le constater pour faire voir clairement combien peu consciencieusement les auteurs se répètent.

Que penser, en effet, d'une définition aussi vague, aussi superficielle et insignifiante que celle-ci (Baudry, n° 47) :

« La règle que la loi n'a pas d'effet rétroactif revient à dire que, dans le conflit qui peut s'élever entre deux lois de dates différentes, relatives à un même objet, la plus récente régit la période de temps postérieure à sa promulgation, c'est-à-dire l'avenir, et l'autre, la période antérieure, c'est-à-dire le passé. »

Cette apparence de définition nous ramène au système de Demolombe qu'elle croit visiblement reproduire. Mais malgré l'analogie des termes il y a une grande différence dans les idées. Pour Baudry, en effet, il ne peut pas y avoir de loi rétroactive : car il déclare qu'une loi qui « régit la période de temps postérieure à sa promulgation » est conforme à la règle de non-rétroactivité. La loi rétroactive serait donc celle qui régirait la période de temps antérieure à sa promulgation. Or, cette période de temps ne peut plus être régie par la loi ni par personne : ce qui est fait est fait. Pour Demolombe, au contraire, la non-rétroactivité consiste à refuser à la loi nouvelle le pouvoir de régler les effets, tous les effets, même les plus directs, les plus nécessaires d'un fait antérieur : la notion d'action sur le passé disparaît donc complètement, elle ne subsiste pas même comme fiction. Et alors la loi rétroactive est très facile à concevoir, si facile même qu'on comprend très bien qu'on puisse soutenir qu'en principe toute loi est rétroactive au

sens de Demolombe. Nous verrons que c'est, en effet, le point de vue de Aubry et Rau. Il serait difficile de trouver une divergence de solutions plus nette et plus grave chez les auteurs contemporains : pour Baudry, la loi rétroactive n'est pas concevable ; pour Aubry et Rau, toute loi est en principe rétroactive. Ce qui démontre jusqu'à l'évidence que les auteurs partent de différents points de vue et que la diversité des solutions résulte de la confusion de la terminologie. Il est bien certain que la loi n'ayant pas défini l'effet rétroactif, toutes les définitions peuvent être proposées, mais encore ne faudrait-il pas en donner d'inconcevables, ni surtout décider aussitôt après qu'il y a des lois ayant cet effet inconcevable, et qu'il serait inconcevable qu'il n'y en eût pas. Il est permis de croire que si les auteurs avaient mieux conçu la question, ils ne seraient pas arrivés à donner les solutions qui l'ont tant embrouillée.

La définition de Demolombe ne réussit malheureusement pas plus que les autres. En effet, pour lui la question se ramène très facilement à savoir quelles conséquences à venir d'un fait antérieurement accompli la loi nouvelle pourra régir sans être rétroactive. Et elle ne devra pas s'appliquer aux autres conséquences, car elle violerait alors le principe de non-rétroactivité que l'auteur déclare incontestable. Et là, il fait la même confusion que Baudry qui la lui a visiblement empruntée.

Nous venons de voir qu'il définit la rétroactivité d'une manière telle qu'on conçoit très facilement qu'une loi puisse être rétroactive. Mais cette définition n'est donnée qu'au n° 38. Et l'auteur y a complètement oublié ce qu'il disait au numéro précédent.

Je transcris :

« N° 37. — L'article 2 est ainsi conçu :

« *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.*

« Cette disposition est facile à expliquer et à justifier en thèse générale. La rétroactivité des lois, en effet, serait tout à la fois illogique dans son principe, et désastreuse dans ses résultats ; *illogique* puisque la loi ne saurait être obligatoire avant d'être connue (art. 1^{er}), puisqu'il n'est pas raisonnablement possible de décréter des commandements, des défenses ou des permissions pour des actes passés, pour des faits accomplis ; *désastreuse* surtout, puisque la société serait ainsi livrée à l'instabilité la plus déplorable, au plus effrayant arbitraire ; puisque les intérêts les plus précieux et les plus sacrés des citoyens et des familles ne reposeraient plus sur aucune base, sur aucune garantie.

« Cette vérité est incontestable, et chacun la comprend comme par instinct. »

Il est permis de rester surpris de cette explication. En effet, l'auteur dit : « Il n'est pas raisonnablement possible de décréter des commandements, des défenses ou des permissions pour des actes passés, pour des faits accomplis. » Ce texte très vague est susceptible de deux sens. D'abord, il peut viser des commandements, défenses, permissions pour les conséquences à venir d'actes passés, de faits accomplis. Et alors je ne vois pas qu'il ne soit pas raisonnablement possible d'en décréter. Veut-on un exemple ? Qu'y a-t-il de déraisonnable à décider que les étrangers naturalisés pourront faire tel acte qui leur était défendu, et à appliquer cette permission même à ceux qui sont déjà naturalisés ? Serait-il plus raisonnable de la restreindre à

ceux dont la naturalisation est en cours ou à ceux dont la naturalisation n'est pas encore commencée ?

Ce n'est donc pas ce sens que l'auteur a eu en vue.

Mais le texte peut signifier que ce qui n'est pas raisonnablement possible, c'est de décréter des commandements, des défenses, des permissions visant l'acte passé, le fait accompli lui-même, ou leurs conséquences passées. Par exemple, la loi qui déciderait qu'il est défendu aux étrangers d'avoir été naturalisés. Une telle loi serait manifestement déraisonnable. Et c'est le sens que l'auteur a certainement eu en vue. Jusqu'à tout va bien. Seulement l'auteur dit qu'une telle disposition rendrait précisément la loi rétroactive.

Il en résulte donc que la loi rétroactive est déraisonnable. Et alors je ne comprends plus le n° 38 où l'auteur se fait de la loi rétroactive une idée qui non seulement n'est pas déraisonnable, mais encore qui est telle qu'on comprend très facilement qu'une loi soit rétroactive : il suffira, en effet, que cette loi « règle les effets, tous les effets, même les plus directs, les plus nécessaires d'un fait antérieur. » On comprend qu'une telle loi soit dure, rigoureuse, mais on ne voit pas qu'elle soit déraisonnable : une loi qui règle les effets à venir d'un fait antérieur, même les effets les plus directs, n'est pas pour cela obligatoire avant d'être connue. Et pourtant l'auteur dit (N° 38) que la rétroactivité consiste à appliquer la loi aux effets à venir d'un fait antérieur ; et (N° 37) que la rétroactivité rend la loi obligatoire avant d'être connue.

La seule manière d'expliquer ces contradictions, c'est de dire que l'auteur ne s'est pas fait une idée nette de la rétroactivité qu'il critique d'ailleurs au n° 37, sans même rechercher ce que c'est, ce qu'il ne

fait qu'au n^o 38. En somme quand il la critique, il la comprend comme une préexistence réelle, ce qui est, en effet, déraisonnable ; et quand il la définit, il ne la comprend que comme une application immédiate et absolue à l'avenir, ce qui n'est nullement déraisonnable, et n'est même pas de la rétroactivité pour Planiol.

Quant à la déclaration de Demolombe que la rétroactivité serait désastreuse dans ses résultats, nous verrons dans la 2^e partie ce qu'il faut en penser, et si « les intérêts les plus précieux et les plus sacrés des citoyens et des familles » ne reposent sur aucune autre base, aucune autre garantie que le principe de non-rétroactivité. Nous verrons, d'autre part, que ce prétendu principe ne constitue en réalité aucune garantie réelle, mais seulement apparente.

Nous avons vu que pour Demolombe la rétroactivité consiste à décréter des commandements, des défenses ou des permissions pour des actes passés, pour des faits accomplis, ou ce qui est la même chose pour lui, à régler les effets, tous les effets, même les plus directs, les plus nécessaires d'un fait antérieur. La question se ramène alors pour lui à discerner, à démêler dans le même fait les conséquences dont les unes appartiennent à la loi ancienne, et les autres à la loi nouvelle.

Et là il est bien moins affirmatif que Proudhon, il reconnaît même expressément que l'on ne peut songer à formuler une règle précise qui établirait le principe de l'art. 2. Voici d'ailleurs ses propres paroles : « La science peut-elle offrir ici une règle fixe comme un guide toujours sûr dans l'application ? Cette prétention serait, à mon avis, téméraire ; notre maxime, en

effet, s'étend et plane sur toute la législation ; elle touche à toutes les matières du droit, et subit ainsi successivement les diverses influences des principes spéciaux et particuliers qui régissent chacune d'elles.

« Il y a sans doute certaines propositions générales qui sont à peu près unanimement acceptées, et qui dominant, en effet, tout le sujet ; mais ce n'est vraiment que par les applications mêmes qu'on peut les apprécier et les bien comprendre.

« Il faut donc passer en revue les principales matières du droit ; ce que nous ferons aussi rapidement que possible en suivant l'ordre des livres du Code civil. »

Et l'auteur ne reconnaît-il pas implicitement l'arbitraire absolu du juge quand il dit :

« La théorie de la non-rétroactivité des lois n'est pas susceptible d'être précisément soumise à des règles fixes et invariables ; et c'est de là que vient peut-être le laconisme de notre article, bien bref en effet sur un sujet si étendu et si compliqué ! C'est surtout une question d'appréciation, c'est dans chaque hypothèse une perpétuelle comparaison des avantages et des inconvénients, de l'intérêt public et de l'intérêt privé qui se trouvent en présence. Il ne faut pas, en effet, se préoccuper seulement de l'intérêt des particuliers ; c'est là, sans doute, un point de vue capital et très essentiel, mais pourtant il importe aussi de songer à l'intérêt général de la société, qui exige que les lois puissent être modifiées, améliorées et, qu'en conséquence, les lois nouvelles nécessairement présumées meilleures remplacent le plus tôt et le plus universellement possible les lois anciennes dont elles ont pour but de corriger les défauts.

« Cela posé, on comprend le caractère général des considérations qui feront pencher la balance, tantôt en faveur de la loi nouvelle, tantôt en faveur de la loi ancienne. »

Seulement après avoir expliqué tout cela, après avoir dit que les effets que la loi nouvelle ne saurait modifier sans rétroactivité, ont reçu dans la doctrine le nom consacré de droits acquis, l'auteur veut donner une définition de ces droits. Il semble avoir oublié ce qu'il disait quelques lignes plus haut, à savoir que pour connaître les effets que la loi nouvelle ne saurait modifier sans rétroactivité, il faut faire « dans chaque hypothèse, une perpétuelle comparaison des avantages et des inconvénients de l'intérêt public et de l'intérêt privé qui se trouvent en présence. »

Or, nous verrons que sa définition des droits acquis n'est pas plus heureuse que les autres.

Pour Aubry et Rau, la rétroactivité, je l'ai déjà indiqué, loin d'être quelque chose d'inconcevable ou d'exceptionnel, constitue, au contraire, le principe. « Ce principe est une conséquence de la souveraineté de la loi et de la prédominance de l'intérêt public sur les intérêts privés. » Et on comprend très bien cette affirmation de leur part, car pour eux la rétroactivité consiste seulement à appliquer une loi nouvelle « même aux situations établies ou aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation. » — Et alors ils expliquent l'art. 2 C. civ. en disant que ce texte sous-entend, après avoir dit que la loi n'a pas d'effet rétroactif, qu'il dispose seulement pour le cas où l'application rétroactive de la loi (c'est-à-dire « aux

situations établies ou aux rapports juridiques formés dès avant sa promulgation ») « serait de nature à entraîner la lésion de droits que des particuliers auraient individuellement acquis, en ce qui concerne leur état ou leur patrimoine. » (1). Et Aubry et Rau ne doutent pas un seul instant que ce sens soit bien celui que les rédacteurs du Code civil ont eu en vue. Ils affirment nettement, sans d'ailleurs le prouver aucunement, que « c'est cette règle que les rédacteurs du Code civil ont entendu formuler dans l'art. 2 de ce Code. »

Sans rechercher si c'est bien, en effet, cette règle que les rédacteurs du Code ont entendu formuler, je ne me refuserais pas à l'admettre si, en effet, il y avait bien règle et si nos auteurs pouvaient l'étayer en définissant ce que sont ces « droits que des particuliers auraient individuellement acquis, en ce qui concerne leur état ou leur patrimoine. » — Seulement ici nos auteurs se heurtent aux mêmes difficultés que leurs devanciers et ne peuvent donner de définition de ces droits acquis.

Pour rechercher la définition de ces droits, ces auteurs partent des motifs sur lesquels est basée, à leur avis, la règle de la non-rétroactivité, « règle d'après laquelle la loi nouvelle n'est point applicable à certains rapports formés ou situations juridiques établies avant sa promulgation. »

Ils reconnaissent deux motifs principaux :

« L'intérêt social exige que l'autorité de la loi et la confiance qu'elle doit inspirer aux citoyens ne soient pas ébranlées par la crainte qu'un changement de législation ne vienne anéantir ou modifier des droits

(1) Aubry et Rau, 5^e édit. p. 98-99.

antérieurement acquis. — D'un autre côté, il y aurait de graves inconvénients au point de vue moral et économique, à ce qu'une loi nouvelle vint par des atteintes portées à l'état ou au patrimoine des particuliers, bouleverser ou modifier leur position actuelle.

« Ces motifs, ajoutent-ils, déterminent l'objet et la portée de la règle de la non-rétroactivité des lois qui doit être restreinte au cas où l'application de la loi nouvelle entraînerait lésion de droits acquis à une personne relativement à son état ou à son patrimoine. »

Et les auteurs, pour rechercher ce qu'est le droit acquis sont obligés de passer en revue les diverses matières du droit civil : état des personnes d'abord ; puis facultés ou avantages qui se rapportent à leur patrimoine, en sous-distinguant en ce qui concerne ces derniers, ceux qui dérivent immédiatement de la loi de ceux qui prennent naissance dans un fait de l'homme. — Et loin d'arriver par ce moyen à une conception nette du droit acquis, nos auteurs sont obligés de fixer dans chaque cas les conditions constitutives du droit acquis et d'admettre, tant en raison que d'après la jurisprudence de nombreuses exceptions aux principes qu'ils posent pour chaque catégorie de droits. Je ne les suivrai pas dans les détails de cette étude : cela m'entraînerait beaucoup trop loin. — J'aurai d'ailleurs à démontrer d'une manière générale l'inexactitude de tous les systèmes basés sur la distinction en droits acquis et expectatives.

SECTION II

Système Laurent.

Laurent, dans ses principes de Droit civil (I, p. 213 s.) expose la théorie de la non-rétroactivité d'une manière un peu différente. D'abord il se fait de l'idée de rétroactivité elle-même une conception très large. Pour lui la rétroactivité consiste, pour une loi, à régir le passé, ce qui signifie régler « des actes qui ont pris naissance sous la loi ancienne. » Dès lors, la rétroactivité n'est plus un effet exceptionnel des lois, mais, au contraire, c'est un effet qu'on sera enclin, le législateur surtout, à leur donner.

Aussi après avoir reconnu que le principe de l'art. 2 C. civ. ne lie pas le juge en ce sens que ce n'est qu'une loi et non une disposition constitutionnelle ; après avoir admis qu'il « serait contraire à l'essence du pouvoir législatif qu'il fût lié par cette règle que la loi ne dispose que pour l'avenir, » Laurent se hâte d'ajouter que « si le principe de la non-rétroactivité ne lie pas le législateur à titre de règle constitutionnelle, il s'adresse cependant à lui comme conseil, comme un précepte de droit naturel que le pouvoir législatif doit observer. »

J'avoue ne pas bien comprendre l'utilité d'un texte de loi donnant des conseils aux législateurs à venir, ni surtout la prétention d'un législateur de voir ses conceptions respectées par les générations futures. Je ne comprends cela que de la part d'un pouvoir qui se pose comme tout-puissant et éternel et c'est ainsi

que Dieu déclare dans l'Évangile qu'il ne sera pas changé un *iota* à la loi (1).

L'objection avait été faite au Tribunat. Portalis répondit que la règle était principalement pour les juges. Mais ajouta-t-il « quand elle serait pour le législateur, quel danger y aurait-il de lui voir consacrer une maxime à laquelle il est déjà lié par sa conscience, et à laquelle il se lierait encore par ses propres lois. « Je ne veux, pour montrer combien ces arguments, rapportés par Laurent, sont spécieux, que rapprocher de ces paroles de Portalis ce que dit Laurent quelques lignes avant de les citer : « Il serait contraire à l'essence du pouvoir législatif qu'il fût lié par cette règle que la loi ne dispose que pour l'avenir. »

Cette contradiction prouve bien qu'ici, comme ailleurs, les auteurs ne se font pas une idée précise de la nature et de la portée de la règle de l'art. 2 C. civ., et que suivant les différentes conceptions qu'ils se font successivement de cette règle, ils regrettent qu'elle ne soit pas plus rigoureuse, ou, au contraire affirment qu'elle ne peut s'imposer. Quoi qu'il en soit le tribun Faure, nous dit Laurent, déclare que l'art. 2 C. civ. était un précepte pour les législateurs tout ensemble et une obligation pour les tribunaux.

Seulement cette notion jusque-là précise de la rétroactivité, à savoir le règlement d'actes qui ont pris naissance sous la loi ancienne, ne tarde pas à s'obscurcir. Remarquons d'abord qu'elle n'est pas aussi précise

(1) « *Donec transeat cælum et terra, iota unum aut unus apex non praeteribit a lege donec omnia fiant.* » (Saint-Mathieu, ch. V, verset 18). — V. aussi Évangile Saint-Luc, ch. XVI, verset 17. — Nouveau Testament de Jésus-Christ, d'après l'original vatican de l'Édition vulgate.

que je l'ai supposé jusque-là : car « régler des actes qui ont pris naissance sous la loi ancienne » est susceptible des trois sens que l'on retrouve toujours en cette matière : d'abord ces expressions peuvent signifier *régler les conséquences à venir des actes qui ont pris naissance sous la loi ancienne* ; elles peuvent signifier aussi *régler directement les actes eux-mêmes qui ont pris naissance sous la loi ancienne ou leurs conséquences passées* ; enfin elles peuvent signifier *régler les conséquences à venir des actes qui ont pris naissance sous la loi ancienne, en amenant autant que possible ces conséquences à être ce qu'elles auraient été si la loi nouvelle avait préexisté à l'acte*. J'ai supposé que Laurent a eu en vue le premier sens ; en effet, le deuxième fait de la loi rétroactive une loi inconcevable ; quant au troisième il serait divinatoire de l'admettre ici. Mais Laurent semble un peu plus loin adopter le deuxième sens. Voici ses paroles :

« Portalis ajoute que le pouvoir de la loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus. Non, certes. Cependant on conçoit que le législateur veuille défaire ce qui a été fait. Pour le juge, au contraire, cela ne se conçoit pas, car les choses qui ne sont plus n'appartiennent pas à son domaine. »

L'expression « les choses qui ne sont plus », semble bien prouver que Laurent n'a pas en vue des conséquences à venir de l'acte antérieur, même en leur appliquant la fiction de préexistence de la loi nouvelle, mais bien des conséquences passées, qui ne sont plus, et que la loi nouvelle voudrait directement régir. Et alors on ne voit pas bien que le législateur lui-même puisse réellement défaire ce qui a été fait.

Mais enfin supposons que Laurent ait eu en vue le

troisième sens : *il ne s'agit pas de décider qu'une chose faite n'a pas été faite, mais de faire comme si elle n'avait pas été faite.* — Alors je ne vois pas pourquoi on ne peut pas concevoir que le juge puisse faire cette supposition. D'abord, remarquons qu'il la fait constamment quand il se trouve en présence d'une condition résolutoire accomplie. Ensuite, même dans le domaine de la loi, nous verrons qu'on lui reconnaît ce pouvoir dans de nombreux cas, par exemple, quand l'ordre public y est intéressé. — Le droit d'appliquer la fiction de préexistence de la loi n'est donc nullement contraire à l'essence du pouvoir judiciaire. — Et alors je ne vois aucune manière d'expliquer le texte rapporté plus haut.

Laurent admet avec Merlin que le législateur a un pouvoir absolu de faire rétroagir la loi. Cependant il ne le pourrait, dit-il, à cause du principe de la non-rétroactivité des lois, quand sa loi rétroactive enlèverait un droit reconnu par la Constitution. L'auteur fait ici une confusion. En effet, une telle loi serait inconstitutionnelle c'est vrai ; mais ceci indiffère totalement à la question de la rétroactivité.

Dire que le législateur peut faire des lois rétroactives ne signifie nullement qu'il peut faire des lois inconstitutionnelles. La rétroactivité ne rend pas la loi inconstitutionnelle, mais il y a d'autres causes d'inconstitutionnalité. Et précisément ce qui amène Laurent à faire la confusion, c'est que l'une de ces causes consiste en ce que la loi enlève aux citoyens, rétroactivement ou non, un droit reconnu par la Constitution. Et, pour Laurent, une telle loi sera toujours rétroactive, car elle « défera ce qui a été fait. »

Le pouvoir législatif n'est donc pas lié par la rétroactivité, mais il ne peut violer la Constitution. Remarquons immédiatement qu'en pratique, il ne la violera pas : car, en somme, ces deux pouvoirs se confondent presque chez nous et quand le pouvoir législatif voudra déroger à la Constitution, il est fort probable qu'il n'aura pas à la violer, car le pouvoir constituant ne se refusera pas à la modifier.

Le pouvoir constituant n'est donc là par rien ? Non, dit Laurent. Certes « en face de la société souveraine, il y a une autre souveraineté, celle des individus ; ils ont leurs droits qu'ils tiennent de Dieu, droits naturels que la société ne peut pas leur enlever, puisqu'elle ne les leur a pas donnés ; quand elle les consacre dans une institution, elle ne fait que les déclarer. Mais quels sont ces droits individuels ? Ont-ils un caractère absolu ? Sont-ils toujours et partout les mêmes ? Non, certes, ils varient d'après les temps et les lieux. Ils ne sont absolus qu'en un sens, c'est que l'homme doit avoir certaines facultés pour remplir la mission qu'il a en ce monde ; ces facultés augmentent avec son développement intellectuel et moral : le nombre, l'étendue de ces droits va donc en croissant. En ce sens, les droits de l'homme n'ont rien d'absolu. »

J'ai transcrit ici ce passage, parce qu'il me permet de répondre tout de suite à ceux qui déclarent le principe de l'art. 2 C. civ. indispensable en disant que l'effet rétroactif est celui qui viole un de ces droits qu'ils prétendent venir de Dieu, et que la société ne peut enlever puisqu'elle ne les a pas donnés. J'aurai à revenir sur ce système dans la deuxième partie de cette étude ; mais je signale dès maintenant que, même en admettant que l'homme a des droits en soi

et sans qu'il soit nécessaire qu'ils lui soient reconnus par la croyance collective ; même en admettant aussi que l'effet rétroactif est celui qui viole un de ces droits, on n'en peut pas plus pour cela établir un principe de non-rétroactivité qui lie le juge. Car, si ces droits existent, il faut bien admettre que nous ne les connaissons pas tous d'une part, puisqu'on en admet de nouveaux aux différentes époques de l'histoire ; — et que c'est par erreur qu'on a classé certains droits dans cette catégorie, d'autre part, puisqu'il y en a eu qu'on n'a plus reconnus par la suite. — Même dans ce système il faudrait reconnaître le pouvoir d'appréciation du juge. Tout ce qu'on pourrait faire ce serait de décider que le juge doit reconnaître comme droits ne pouvant être violés par la loi sans rétroactivité, ceux que la Constitution déclare inviolables. Mais alors ce serait dire que la rétroactivité est la même chose que l'inconstitutionnalité.

Pour terminer l'exposé des idées de Laurent sur le principe de non-rétroactivité à l'égard du législateur, j'indiquerai que, s'il ne reconnaît aux citoyens aucun recours contre une loi rétroactive, il admet que la garantie contre les lois inconstitutionnelles, comme d'ailleurs contre les abus du pouvoir constituant, est dans l'exercice régulier de la souveraineté nationale, et si cet exercice est entravé par la force dans le droit de révolution.

Après avoir dit, comme je l'ai expliqué, qu'on ne conçoit pas que le juge puisse défaire ce qui a été fait, ce qu'il entend comme une définition de la rétroactivité, Laurent n'hésite pas à intituler le paragraphe suivant : « Quand le juge peut et quand il ne peut pas appliquer les lois au passé. » Et dans ce paragraphe

l'auteur démontre que l'application d'une loi au passé par le juge est non seulement très concevable, mais encore qu'elle a lieu fréquemment. — Cette nouvelle contradiction ne peut évidemment s'expliquer que par le vague de l'expression régir le passé, que l'auteur comprend successivement de diverses manières.

« Si le législateur peut faire une loi qui régir le passé, dit Laurent, cela prouve que la non-rétroactivité n'est pas de l'essence de la loi. Dès lors rien n'empêche que le juge n'applique les lois au passé. » Et ailleurs, « le texte (de l'art. 2 C. civ.) n'est pas aussi absolu qu'il en a l'air. » Donc, en définitive, il faut admettre que ni le juge ni le législateur ne sont liés par l'art. 2 C. civ., et que l'un comme l'autre peut faire des lois rétroactives.

Seulement Laurent ne reconnaît pas pour cela le pouvoir d'appréciation du juge. S'il admet que l'art. 2 C. civ. ne lie pas absolument le juge, Laurent établit que cet article vise deux sortes d'effet rétroactif. Le législateur peut donner à la loi le second effet quand il le veut. Le juge ne pourra le donner que suivant la règle de la non-rétroactivité. Comment Laurent est-il amené à donner de l'art. 2 cette interprétation vraiment inattendue ? C'est ce que je vais tâcher d'expliquer.

Voyons d'abord quelles sont les deux sortes d'effet rétroactif que reconnaît Laurent.

1^o « Au point de vue du droit positif, la loi ne peut pas rétroagir, en ce sens qu'elle ne peut pas enlever aux citoyens un bien qui est dans leur domaine ; à plus forte raison, quand une loi ne rétroagit pas expressément, le juge ne peut-il pas l'appliquer de manière à priver un citoyen d'un droit quelconque dont il a la

propriété. » Ici, en effet, le législateur est lié par la Constitution qui l'empêche de violer le droit de propriété en enlevant aux citoyens un droit qui est dans leur domaine.

L'art. 11 de la Constitution (il s'agit de celle de 48) porte : « Toutes les propriétés sont inviolables ; néanmoins l'Etat peut exiger le sacrifice d'une propriété pour cause d'utilité publique légalement constatée, et moyennant une juste et préalable indemnité. » « Cette disposition, dit Laurent, lie le pouvoir législatif ; il ne peut donc pas enlever à un citoyen sa propriété ; si une loi dépouillait un particulier de ses biens, elle violerait l'art. 11 de la Constitution. » Ceci est très net et résulte clairement du principe que le législateur doit respecter la Constitution. Seulement Laurent ajoute aussitôt cette déduction imprévue : « Il suit de là que le principe de la non-rétroactivité est un principe constitutionnel, en tant qu'il garantit la propriété contre les entreprises du législateur. » J'avoue ne pas comprendre comment il résulte de ce qu'une loi rétroactive viole la Constitution, que le principe de la non-rétroactivité soit un principe constitutionnel. Quand une loi viole la Constitution elle est inconstitutionnelle, qu'elle soit rétroactive ou non. De même une loi qui viole le principe de non-rétroactivité est rétroactive, qu'elle soit ou non inconstitutionnelle. Mais les deux faits sont sans conséquence l'un sur l'autre. Il pourra arriver que la loi soit à la fois inconstitutionnelle et rétroactive, on ne voit pas du tout pourquoi il en résulterait que le principe de non-rétroactivité soit alors constitutionnel. D'ailleurs aujourd'hui nous n'avons plus à nous préoccuper de ces « déclarations de droits, ces proclamations de principes généraux,

considérées jusqu'alors comme l'appareil obligé, comme le fronton superbe des grandes Constitutions républicaines, imitant celle de 1791. » (1).

« L'expérience a fait sentir l'inutilité de toutes ces belles proclamations si peu durables, comme en 1791 ou en 1848. » (2).

Quant à la prétendue suprématie du pouvoir constituant sur les pouvoirs constitués, l'auteur que je viens de citer, Lefebvre, prouve clairement (3) qu'elle n'existe plus guère que de nom, et n'a été admise que parce qu'elle était conforme à la tradition ; mais que d'ailleurs elle était plutôt dangereuse et qu'il vaudrait mieux que le pouvoir législatif pût modifier la Constitution « en délibérant et statuant dans la forme ordinaire, dans la forme jugée suffisante pour régler au nom du pays et sous ses yeux tout ce qui est œuvre de souveraineté », comme cela a lieu d'ailleurs en Angleterre.

Quoi qu'il en soit, Laurent admet qu'une loi violant l'article 11 de la Constitution de 48 se heurterait à un principe de rétroactivité constitutionnel ; et que, par conséquent le principe de non-rétroactivité lie le législateur en cette matière, en l'empêchant d'enlever aux citoyens un bien qui est dans leur domaine.

A fortiori le juge ne pourra jamais de son autorité donner à la loi ce premier effet rétroactif.

2^o « Mais s'il s'agit d'une loi qui règle l'exercice de la

(1) V. Lefebvre, *Etude sur les lois constitutionnelles* de 75, p. 20 seq. et passim.

(2) Et aujourd'hui Laurent reconnaîtrait sans doute que le principe de non-rétroactivité ne lie jamais le législateur puisqu'il ne le liait, d'après lui, qu'autant qu'un droit naturel était déclaré par la constitution et que la loi rétroactive violait ce droit.

(3) Op. cit. p. 193 seq.

propriété, et si cette loi ne dit point qu'elle s'applique seulement à l'avenir, rien n'empêche que le juge ne l'applique de manière à régir le passé. En agissant ainsi, le juge ne fera qu'interpréter la volonté du législateur. La loi peut rétroagir si le législateur le veut, sa volonté peut être expresse, elle peut aussi être tacite. Or, le juge a certes le droit, pour mieux dire, il a le devoir de scruter l'intention du législateur, puisqu'il lui doit obéir. Dès lors la règle de l'art. 2 n'est plus un obstacle à ce que le juge applique la loi au passé ; il ne fait que suivre la volonté du législateur.

Donc à l'égard du législateur, ce deuxième effet rétroactif diffère du premier en ce que le législateur peut l'attacher à la loi, tandis qu'au contraire, il ne peut jamais lui attacher le premier. — Si le législateur n'a rien dit, il n'y a pas de raison de dire qu'il n'a pas voulu que la loi fût rétroactive en ce deuxième sens. Car il a le pouvoir de donner cet effet rétroactif, et, s'il ne l'a pas fait expressément, il conviendra peut-être de décider qu'il l'a fait tacitement. Dès lors, le juge a le devoir de scruter l'intention du législateur et il devra, suivant les cas, appliquer ou non la loi au passé : il faudrait pour lui retirer ce pouvoir, que le législateur eût décidé que la loi ne s'applique qu'à l'avenir.

La règle que Laurent tire de l'art. 2 est donc fort complexe. Rien ne faisait prévoir que ce texte pût servir de base à des distinctions aussi subtiles. Et pourtant, cela n'est encore rien. En effet, si, pour notre auteur, le juge comme le législateur peut donner le second effet rétroactif à la loi, il n'est point libre de le faire à sa guise. Le législateur lui, apprécie souverainement : cependant le principe de la non-rétroactivité lui indiquera les cas dans lesquels il est bon de

donner effet rétroactif à la loi et ceux dans lesquels il vaut mieux ne pas le donner. Le juge, au contraire, est tenu de se conformer au principe de non-rétroactivité et de refuser l'effet rétroactif à la loi toutes les fois que le principe de non-rétroactivité le lui refusera. Et ce qu'il y a de plus curieux, c'est que ce même principe de non-rétroactivité défendra au juge d'accorder l'effet rétroactif à la loi dans certains cas (1) où il admettait pleinement que le législateur pouvait à sa guise lui accorder ou non cet effet, alors qu'il impose au juge l'obligation de refuser à la loi l'effet rétroactif dans tous les cas où il conseillait au législateur de le lui refuser.

Voici donc un principe énoncé en une brève formule dans l'art. 2. C. civ., et qui pourtant est à la fois un conseil pour le législateur et une règle pour le juge, d'une part, et qui, d'autre part, ne comporte pas les mêmes conséquences suivant qu'on le considère comme conseil au législateur ou comme règle du juge.

Et cette solution est pourtant bien indubitablement celle de Laurent, qui dit (N^o 152) :

« Le principe de la non-rétroactivité a-t-il pour le juge le même sens, la même portée que pour le législateur ? C'est-à-dire le juge peut-il appliquer la loi au passé dans le cas où le législateur aurait pu régir

(1) C'est-à-dire que dans ces cas le principe de non-rétroactivité au lieu d'imposer au juge de donner ou non l'effet rétroactif à la loi suivant la volonté présumée du législateur (comme le veut ce principe quand on est dans un cas où il laisse le législateur libre d'agir à sa guise, sans rien lui conseiller), défendra au juge de faire rétroagir la loi ou si l'on préfère lui ordonnera de présumer que la volonté du législateur a été que la loi ne rétroagisse pas. Donc dans ces cas le principe ne conseille au législateur ni la rétroactivité ni la non-rétroactivité, et, au contraire, il défend au juge la rétroactivité si le législateur ne s'est pas prononcé. C'est notamment, nous le verrons, le cas où des mesures transitoires sont nécessaires.

le passé ? Les auteurs qui ont écrit sur la matière semblent le croire, bien qu'ils ne posent pas la question en ces termes. Et cela paraît assez logique. L'art. 2 qui formule le principe, s'adresse au juge tout ensemble et au législateur : comment une seule et même règle aurait-elle un sens différent suivant que la loi l'applique ou le tribunal ? Il y a du vrai dans cette opinion, mais l'assimilation qu'elle fait du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire nous paraît trop absolue. »

Et Laurent décide (N^o 153) que le principe de non-rétroactivité conseille au législateur de respecter les droits appartenant à un particulier, et oblige le juge à les respecter ; — au contraire, le législateur peut à sa guise forcer ou non le simple intérêt, inyoqué par des particuliers, à plier devant l'intérêt général ; mais si le législateur ne s'est pas prononcé, le juge ne recouvre pas toujours son pouvoir d'appréciation dans les cas où il ne s'agit que de simples intérêts. Il y aura, même ici, des cas où le juge devra respecter de simples intérêts en vertu du principe de non-rétroactivité. Et pour ceux que ce principe ne lui commande pas de respecter, il devra appliquer la loi rétroactivement ou non, suivant ce qu'il présupposera que le législateur a voulu.

« Le pouvoir du législateur (N^o 163) détermine, en général, celui du juge. Quand le législateur ne peut pas rétroagir, à plus forte raison le juge ne le peut-il pas. Il ne peut donc jamais appliquer la loi de manière à enlever à un citoyen un droit qui est dans son domaine. C'est là ce que la doctrine appelle un droit acquis. Ici, l'assimilation entre le juge et le législateur est absolue. Mais que faut-il dire quand il s'agit de

droits qui ne forment pas une propriété? Le pouvoir du juge est-il aussi le même que celui du législateur? C'est à notre avis la grande difficulté en cette matière. Les auteurs ne traitent pas la question, mais tous partent de cette supposition que le principe de la non-rétroactivité signifie pour le juge ce qu'il signifie pour le législateur, d'où suit que lorsque le législateur peut rétroagir, le juge peut par cela même appliquer la loi au passé. Nous n'admettons le principe qu'avec des restrictions. »

Remarquons que quand Laurent parle du législateur qui peut rétroagir, cela signifie qu'il s'agit d'un cas où le principe de non-rétroactivité ne déconseille pas la rétroactivité : car le législateur peut toujours donner le second effet rétroactif.

Notre auteur admet donc qu'il y a une règle qui lie le juge sauf dans certains cas ; pour établir cette règle, il faudra d'abord définir ce qui est un droit appartenant à un particulier et ce qui n'est qu'un simple intérêt : il faudra ensuite définir quels sont les cas où le juge est néanmoins obligé de respecter les simples intérêts. Il y aura alors inobservance du principe de non-rétroactivité à l'égard du législateur toutes les fois qu'une loi violera expressément des droits appartenant à un particulier ; et à l'égard du juge lorsque la loi ne s'étant pas expliquée, le juge, en l'appliquant, violera des droits appartenant à un particulier, ou certains intérêts. Et l'art. 2 C. civ. empêchera alors le juge de donner à la loi un tel effet rétroactif, et conseillera au législateur de ne pas le faire.

Laurent est donc amené pour étayer le principe de non-rétroactivité à donner deux définitions : celle du droit appartenant à un particulier, par opposition

au simple intérêt ; et celle des simples intérêts que le juge ne peut violer sans donner à la loi effet rétroactif.

Pour établir sa première définition, il est obligé de passer en revue les diverses matières du droit civil et de rechercher dans chaque cas ce qui distingue les droits des intérêts. — Nous verrons qu'il n'existe pas plus de criterium ici que dans le système qui distingue entre droits acquis et expectatives. Et même s'il en existait un il ne suffirait encore pas à établir le principe de la non-rétroactivité tel que le comprend Laurent. En effet, ce principe défend de violer les droits des individus au nom de l'intérêt général ; et il permet de violer les simples intérêts individuels au nom des intérêts de la société. Mais la société n'a-t-elle que des intérêts, n'a-t-elle pas aussi des droits, et quand en face du droit de l'individu il y aura non plus l'intérêt de la société, mais le droit de la société, qui devra l'emporter ? « Nous admettons avec Benjamin Constant, dit Laurent, que la société ne peut jamais, au nom de son intérêt, violer les droits des citoyens. Mais la société aussi n'a-t-elle pas son droit ? Et si le droit de la société est en conflit avec le droit des individus, n'est-ce pas ce dernier qui doit céder ? Quand le droit de l'individu est absolu, c'est-à-dire quand il s'agit d'un de ces droits sans lesquels son existence ne se conçoit pas, il n'y a pas de doute ; la société ne peut porter atteinte à ces droits, pas même au nom du droit qu'elle a de se conserver ; car elle se conserve en respectant les droits sans lesquels les individus ne pourraient exister, tandis qu'elle ruinerait les bases de tout ordre social en les violant. Mais quels sont ces droits absolus dont l'individu ne peut

être dépouillé? Nous écartons les droits politiques, puisque l'individu ne peut pas les invoquer contre l'Etat de qui il les tient. Restent les droits privés qui concernent directement ou indirectement la propriété. La question se réduit donc à savoir si la propriété est un droit absolu auquel le législateur ne puisse toucher. Nous avons d'avance répondu à la question. Le droit de propriété ne peut être enlevé aux citoyens; c'est un droit absolu garanti comme tel par la Constitution. Mais la loi peut régler l'usage, l'exercice de la propriété. Donc quand le droit de propriété est en cause, il ne peut y avoir de loi rétroactive; mais la rétroactivité devient possible quand il s'agit seulement de l'usage et de l'exercice du droit. Le législateur peut, au nom de l'intérêt général, régir le passé, car il n'est plus en face d'un droit, mais d'un intérêt plus ou moins grand.

Il faudrait donc encore chercher le criterium qui servirait à distinguer les droits de la société de ses intérêts. Et quand la société n'aurait qu'un intérêt, elle ne devrait pas violer les droits des individus. Sans doute on a dit que le salut de l'Etat est la loi suprême et que les citoyens ne peuvent jamais invoquer leur droit contre la plus grande félicité de l'Etat. Mais pour Laurent, cette maxime est fausse. Dès lors que les citoyens ont un droit, la loi ne peut le violer au nom de l'intérêt général; et si, par exemple, les lois politiques régissent le passé, c'est sans rétroactivité, car en pareille matière, les citoyens n'ont que des intérêts. Mais quand les citoyens ont un droit, « le vrai salut public n'exige-t-il pas qu'il ne puisse jamais être violé? — Si l'Etat peut, ajoute Laurent, au nom du salut public, enlever aux citoyens leurs

biens, leur liberté, leur vie, que deviendra la société?... Bien loin de pouvoir porter atteinte aux droits des individus, l'Etat a le devoir de les faire respecter : il n'a pas d'autre raison d'être. » — Et plus loin, il applique aux lois violant un droit des individus au nom du simple intérêt de la société et non du droit de la société, ces paroles de Benjamin Constant : « La rétroactivité est le plus grand attentat que la loi puisse commettre : elle est le déchirement du pacte social, elle est l'annulation des conditions en vertu desquelles la société a le droit d'exiger l'obéissance de l'individu, car elle lui ravit les garanties qu'elle lui assurait en échange de cette obéissance qui est un sacrifice. La rétroactivité ôte à la loi son caractère ; la loi qui rétroagit n'est pas une loi. »

Il faudrait donc non seulement définir les droits des individus par opposition à leurs simples intérêts et en sous-distinguant encore parmi les droits ceux qui sont absolus, mais encore définir le droit de la société par opposition à son intérêt. Et c'est ce que Laurent ne fait pas. Et même il faudrait encore distinguer les cas où le législateur n'agit ni dans l'intérêt de la société, ni conformément au droit de la société. Par exemple, d'après les principes posés jusque-là, la rétroactivité ne serait pas déconseillée en tant qu'elle consisterait à imposer aux testaments déjà faits de nouvelles formes, car ce ne serait violer aucun droit. Et c'est en effet à cette solution que se rangent Merlin, et Mailher de Chassat (1), qui sont au moins conséquents avec eux-mêmes.

Eh ! bien, Laurent n'hésite pas à décider que le

(1) *Traité de la Rétroactivité des Lois*, II, p. 3-37. On y trouvera étudiés un certain nombre d'arrêts de jurisprudence.

principe de non-rétroactivité déconseille ici au législateur la rétroactivité (N^o 203), et il en donne cette raison absolument inattendue et dont il n'avait pas parlé dans son exposé général, que le législateur ne doit pas rétroagir sans raison.

Je ne veux pas relever toutes les contradictions que l'on peut trouver dans les longs développements que Laurent consacre à cette matière. Cela m'entraînerait beaucoup trop loin. Et d'ailleurs il n'y a pas d'intérêt, car Vareilles-Sommières, nous le verrons, a démontré que le point de départ de Laurent était inexact.

Il ne me reste plus pour donner une idée complète de la complexité du système de notre auteur, qu'à exposer la dernière règle qu'il propose en la matière, à savoir la distinction entre les intérêts que le juge peut violer et ceux qu'il doit respecter.

« Le pouvoir du législateur, dit-il au n^o 163, détermine en général, celui du juge. Quand le législateur ne peut pas rétroagir, à plus forte raison le juge ne le peut-il pas. Il ne peut donc jamais appliquer la loi de manière à enlever à un citoyen un droit qui est dans son domaine. C'est là ce que la doctrine appelle un droit acquis. Ici l'assimilation entre le juge et le législateur est absolue. Mais que faut-il dire, quand il s'agit de droits qui ne forment pas une propriété ? Le pouvoir du juge est-il aussi le même que celui du législateur ? C'est, à notre avis, la grande difficulté en cette matière. »

En principe, dit Laurent, la règle est la même. Quand le principe de non-rétroactivité déconseille la rétroactivité au législateur, il la défend au juge. Ainsi le juge « doit voir s'il y a un intérêt général qui ait pu engager le législateur à régir le passé ; il doit

alors croire que le législateur aurait rétroagi, s'il avait prévu la difficulté ; en ce cas, il doit aussi appliquer la loi au passé ; en le faisant, il obéit à la volonté tacite du législateur. De même si le juge se trouve en matière d'état personnel, il devra nécessairement appliquer la loi au passé. »

Relevons en passant une nouvelle subtilité que Laurent est obligé d'introduire pour justifier cette solution. En matière de droit privé, décide-t-il, les lois d'ordre public, c'est-à-dire celles qui régissent l'état des personnes, et la capacité ou l'incapacité qui en résultent rétroagissent toujours, sans que le législateur ait besoin de le dire. « Elles concernent, il est vrai, les individus et leurs droits les plus importants ; mais ces droits, de même que les droits politiques, sont réglés par des raisons d'intérêt général, ils sont par cela même subordonnés au pouvoir de la loi : elle les accorde, elle les retire, elle les modifie selon les exigences de l'état physique, intellectuel, moral, politique. En ce qui concerne leur état, les individus n'ont donc pas de droit à opposer au législateur ; ils n'ont qu'un intérêt plus ou moins grand à faire valoir ; mais leur intérêt est dominé par l'intérêt général. Peu importe que la loi nouvelle cause un préjudice : c'est un intérêt qui est lésé, ce n'est pas un droit. » (N^o 164).

Nous retrouvons ici la même idée qu'au n^o 154 : en matière de lois politiques, y disait Laurent, les individus n'ont pas de droit à opposer au législateur : ils ont bien des droits politiques, mais ces droits sont constamment dans la main de la société, et alors la rétroactivité ne se conçoit même pas. Ici l'explication est un peu différente. Les lois sur l'état personnel rétroagissent toujours : cependant elles concernent les

droits les plus importants des personnes ; seulement ces droits sont réglés par des raisons d'intérêt général, par suite ils sont subordonnés au pouvoir de la loi. — Donc le système peut ici se résumer ainsi : *Aux termes de l'art. 2 C. civ. toute loi disposant pour le passé est dite rétroactive. Une loi rétroactive peut violer des droits ou de simples intérêts. La rétroactivité violant des droits ne se présume pas à moins que la loi ne soit basée sur des considérations d'intérêt général, et que les droits qu'elle viole soient tels que les citoyens n'aient pas le droit de les lui opposer.*

Le criterium entre droits et intérêts, s'il existait, ne suffirait donc plus, il faudrait rechercher parmi les droits des individus, ceux qu'ils n'ont pas le droit d'opposer à la loi.

Mais je reviens aux règles relatives à la distinction entre les cas où le juge peut violer les simples intérêts suivant la volonté présumée du législateur et ceux où il doit les respecter. J'ai dit qu'en principe la règle est la même que pour le législateur. Seulement il y a des différences.

D'abord relativement aux lois qui concernent les biens « lois que nous appelons patrimoniales ». Ici le principe conseille au législateur de ne pas rétroagir quand il se trouve en présence de droits, mais le laisse absolument libre de le faire quand il ne se trouve en face que d'intérêts individuels. « La position du juge n'est pas la même ; sa mission se borne à appliquer la loi et, quand elle est muette, à suivre la volonté présumée du législateur. Or, il ne peut pas lui supposer la volonté de rétroagir là où il n'y a pas un intérêt général qui lui permette de sacrifier les intérêts particuliers. Il ne suffit donc pas que la loi soit d'un intérêt

social, il faut encore que cet intérêt social demande la rétroactivité pour que le juge la puisse faire rétroagir. »

La seconde différence est basée sur ce que le pouvoir législatif a son droit d'initiative que le pouvoir judiciaire n'a point. Comment cela crée-t-il des cas où le juge devra refuser la rétroactivité en vertu du principe de non-rétroactivité, alors que ce même principe ne plaiderait auprès du législateur ni pour ni contre la rétroactivité ? Voici comment Laurent l'explique :

« Alors même que le législateur trouve que l'intérêt de la société exige qu'une loi nouvelle rétroagisse, il prescrit parfois des mesures transitoires qui sont nécessaires pour que la législation nouvelle s'introduise sans trop de froissement. Dans tous les cas où cette nécessité existe, le juge ne peut pas appliquer la loi nouvelle au passé, car il ne le pourrait qu'en prescrivant des règles qui servent de transition, c'est-à-dire qu'il ferait la loi tandis qu'il doit se borner à l'appliquer. Il suit de là que le juge ne peut faire rétroagir la loi, quand elle ne rétroagit pas expressément, que dans les cas où la rétroactivité peut avoir lieu sans qu'il y ait de mesures transitoires à prendre, dans les cas où la législation nouvelle peut immédiatement et de plein droit remplacer l'ancienne. »

J'ai ainsi décrit le système que Laurent propose pour expliquer l'art. 2 C. civ.

On a dit que cet auteur prétendait que l'art. 2 C. civ. interdisait la rétroactivité seulement quand elle viole des droits et la permettait quand elle ne viole que des intérêts. — J'ai montré que le système est en réalité beaucoup plus complexe. La distinction entre droit et intérêt n'est pas la seule base de la règle, nous avons vu qu'il y a bien d'autres distinctions à

faire : la distinction entre *droit* et *intérêt* n'intervient que comme un des éléments de la règle. Voici comment :

Une loi, pour Laurent, est rétroactive quand elle dispose pour le passé. Malgré son sens absolu, l'art. 2 C. civ. ne signifie pas que la rétroactivité soit toujours défendue. Il y a des cas où elle est permise. Mais la distinction entre *droit* et *intérêt* va nous fournir une série de cas où elle est défendue. — Et alors Laurent comprend *droit* dans le sens de droit absolu, reconnu par la Constitution.

Tous les autres droits sont compris dans la qualification de *simples intérêts*. Il y a donc en somme deux distinctions, l'une entre *droits* et *intérêts*, qui n'a pas grande portée au point de vue de la règle, car d'autres considérations interviennent, l'autre entre *droits absolus reconnus par la Constitution* et *autres droits*, qui, au contraire, fournit à Laurent une règle précise : seulement il se sert de la même terminologie pour ce deuxième cas, et appelle *droit*, le *droit absolu reconnu par la Constitution* et *intérêts* les *autres droits*. Ce qui est une source de confusion de plus. Au surplus, voici textuellement l'explication de Laurent, dont j'ai déjà transcrit des extraits et que j'avoue ne pas bien comprendre :

« La distinction que nous faisons entre les intérêts et les droits ne résout pas encore toutes les difficultés que soulève le principe de la non-rétroactivité. Nous admettons avec Benjamin Constant que la société ne peut jamais, au nom de son intérêt, violer les droits des citoyens. Mais la société aussi n'a-t-elle pas son droit ? Et si le droit de la société est en conflit avec le droit des individus, n'est-ce pas ce dernier qui doit

céder? Quand le droit de l'individu est absolu, c'est-à-dire quand il s'agit d'un de ces droits sans lesquels son existence ne se conçoit pas, il n'y a pas de doute; la société ne peut porter atteinte à ces droits, pas même au nom du droit qu'elle a de se conserver; car elle se conserve en respectant les droits sans lesquels les individus ne pourraient exister, tandis qu'elle ruinerait les bases de tout ordre social en les violant. Mais quels sont ces droits absolus dont l'individu ne peut être dépouillé? Nous écartons les droits politiques, puisque l'individu ne peut pas les invoquer contre l'Etat de qui il les tient. Restent les droits privés qui concernent directement ou indirectement la propriété. La question se réduit donc à savoir si la propriété est un droit absolu auquel le législateur ne puisse toucher. Nous avons d'avance répondu à la question. Le droit de propriété ne peut être enlevé aux citoyens; c'est un droit absolu, garanti comme tel par la Constitution. Mais la loi peut régler l'usage, l'exercice de la propriété. Donc, quand le droit de propriété est en cause, il ne peut y avoir de loi rétroactive; mais la rétroactivité devient possible quand il s'agit seulement de l'usage et de l'exercice du droit. Le législateur peut, au nom de l'intérêt général, régir le passé, car il n'est plus en face d'un droit, mais d'un intérêt plus ou moins grand. »

Après nous avoir annoncé au commencement de ce texte qu'il va nous démontrer que le législateur peut violer par une loi rétroactive, non seulement les intérêts, mais encore les droits des individus, quand cette loi est basée non sur l'intérêt de la société, mais sur le droit de la société, Laurent termine sa démonstration en concluant qu'il ne s'agit pas de l'intérêt de la

société, mais que l'on n'est pas en face de droits mais seulement d'intérêts de particuliers. Le texte est vraiment inintelligible.

Telle est la théorie de Laurent qui paraît avoir fait le premier « cette belle distinction entre le droit et l'intérêt. » Je comprends fort bien après avoir étudié ce système, que Vareilles-Sommières ait pu s'écrier, en terminant la même étude :

« Nous le demandons à quiconque aura le courage de relire les cent pages consacrées par Laurent à l'art. 2, est-il possible de trouver une élucubration plus confuse et plus diffuse, plus incohérente, plus antijuridique, que la dissertation du professeur de Gand ? » (1).

— Et ailleurs : « En vérité, on se demande si on discute avec des jurisconsultes, si on parle la même langue, si on traite de la même science et d'une science quelconque » (2).

Le système de Laurent semble avoir inspiré Huc, bien que celui-ci soit beaucoup plus simple. Il ne faudrait pas en conclure cependant que Huc soit nettement précis.

En effet, il veut d'abord définir la rétroactivité, et il fait remarquer que c'est par erreur qu'on qualifie de rétroactive toute loi exerçant « une influence sur les faits qui se sont passés avant sa promulgation. » Car on est souvent forcé de reconnaître qu'une loi doit régler les conséquences d'un fait antérieur à sa

(1) Rev. crit. 1893, p. 466, n. 2, *in fine*.

(2) Op. cit. p. 463.

promulgation, et il faut alors admettre une exception au principe.

On pourrait croire après cela que Huc va nous donner de la rétroactivité une notion telle que le principe de l'art. 2 n'admettra pas d'exception; malheureusement il n'en est rien. Remarquons tout de suite une source de confusion dans la terminologie, l'auteur employant comme synonymes les expressions de « loi exerçant une influence sur les faits qui se sont passés avant sa promulgation », et « loi réglant les conséquences d'un fait antérieur à sa promulgation. » Or pour qu'une loi exerce une influence sur un fait passé, il faut qu'elle le considère comme autre qu'il n'a été ou comme inexistant, de façon à lui faire produire des conséquences qu'il ne produirait pas sans cette fiction : en effet, comme je l'ai déjà fait remarquer dans les préliminaires de cette première partie, la loi ne peut pas exercer une influence réelle sur le fait passé lui-même, par la raison bien simple que le passé est irréparable; — au contraire, l'expression « loi réglant les conséquences d'un fait antérieur » semble devoir s'entendre d'une loi qui modifie les conséquences à venir d'un acte passé ou lui fait produire des conséquences qu'il n'aurait pas produites sans la loi nouvelle. — Mais Huc entend ces deux expressions dans le même sens, et ne nous dit pas si c'est dans l'un des sens que nous venons d'indiquer ou dans un sens nouveau.

Après avoir expliqué que toute loi exerçant une influence sur les faits qui se sont passés avant sa promulgation n'est pas pour cela rétroactive, Huc détermine dans quels cas une loi sera rétroactive. Il pose plusieurs règles :

1^o D'abord une loi n'est rétroactive que quand elle agit en arrière, c'est-à-dire en dehors de sa sphère légitime. Par conséquent, « une loi nouvelle s'applique tout naturellement non seulement aux faits futurs qui se produiront sans aucune relation avec un fait antérieur, mais encore aux faits futurs qui sont la conséquence de faits antérieurs. »

2^o Mais il ne suffit pas qu'elle agisse en arrière, c'est-à-dire ne s'applique à aucun fait futur, comme il résulte de la règle précédente ; il faut encore « qu'elle porte atteinte à des droits définitivement acquis à ceux qui ont agi sur la foi de la loi ancienne. » Donc, dit Huc, « si, par hypothèse, une loi nouvelle anéantissait ou diminuait des droits définitivement acquis avant sa promulgation, elle rétroagirait ; si, au contraire, elle se bornait à anéantir ou diminuer de simples éventualités ou expectatives n'ayant pas le caractère de droits acquis avant sa promulgation, elle ne rétroagirait pas. »

Il faut admettre pour comprendre la première conséquence que Huc tire de cette deuxième règle (à savoir que toute loi violant un droit acquis est rétroactive), que toutes les fois qu'une loi viole un droit acquis elle agit en arrière. Et puisqu'il n'y a de rétroactives d'une part que les lois agissant en arrière, d'autre part que les lois violant des droit acquis, il en résulte que pour Huc les deux expressions « loi violant des droits acquis » et « loi agissant en arrière » sont absolument synonymes.

Si l'on admet qu'il y a des cas où la loi violant des droits acquis n'agit pas en arrière, la théorie de Huc est absolument incompréhensible, et c'est ce qui a fait dire à Vareilles-Sommières (Rev. crit. 1893, p. 452, n. 1) :

« M. Huc reprend avec raison et pour de bonnes raisons les juristes qui disent que toutes les lois qui enlèvent une expectative rétroagissent (Com. th. et pr. du C. civ. n° 57 *in fine* et 58). Il montre très bien que la loi n'enlevant l'expectative que pour l'avenir, ne sort point de son terrain (à la condition, ce qu'il n'ajoute pas, qu'elle ne nous la ravisse point à raison d'un fait passé). (1). Mais comment le même M. Huc, aussitôt après cette judicieuse réflexion, déclare-t-il, comme tout le monde, rétroactives toutes les lois qui nous enlèvent pour l'avenir un droit définitivement acquis? Comment ne voit-il pas que ces lois (sous la même réserve) ne sortent point de la sphère qu'il vient lui-même de délimiter exactement (eod. loc. n° 59)? »

Je veux bien ne pas adresser à Huc le même reproche. Nous avons vu qu'il suffit pour cela de comprendre l'expression « loi violant des droits acquis » comme synonyme de « loi agissant en arrière. » Et comme le droit acquis n'est pas défini, Huc pourrait, après tout, en donner une définition telle que toute loi qui le viole agisse en arrière; il pourrait même au besoin, pour cela, dire dans quels cas on doit admettre qu'une loi agit en arrière.

Malheureusement il est impossible d'admettre la synonymie des expressions, en présence des sens tout différents qui leur sont donnés.

C'est ainsi que des nos 58 et 59 combinés, il résulte qu'une loi ne régit pas le passé et n'a pas d'effet rétroactif, quand elle ne s'applique qu'à des faits

(1) Cette parenthèse est une allusion, nous le verrons plus loin, à une théorie nouvelle proposée par le même Vareilles-Sommières,

futurs, même s'ils sont la conséquence de faits antérieurs.

Et dans les numéros suivants nous trouvons de nombreux exemples de lois violant des droits acquis et par suite ayant effet rétroactif bien que ne s'appliquant qu'à des faits futurs. Par exemple au n° 75 ainsi conçu : « La résolution des contrats est également régie par la loi du jour où ils ont été faits. Si une loi postérieure admettait une cause nouvelle de résolution, elle ne serait applicable qu'aux contrats à venir, sauf disposition contraire. »

Donc les deux règles de Huc sont inconciliables et la critique que lui adresse Vareilles-Sommières est parfaitement méritée.

Quoi qu'il en soit, Huc prétend avoir donné une règle très simple, car la seule question à résoudre est celle de savoir ce qu'il faut entendre par droits acquis. Seulement cette question a bien son importance. Huc croit la résoudre par une définition inspirée du système Laurent, considérablement simplifié, il est vrai. Voici ce qu'il nous dit au n° 60 :

« Merlin définit les droits acquis : [Ceux qui sont entrés dans notre patrimoine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons.] (1). Cette définition ou plutôt cette description, généralement acceptée est au fond exacte ; mais elle manque de précision. D'abord l'expression droits acquis est équivoque ; elle tend à faire supposer qu'il y a des droits qui ne sont pas acquis, ce qui serait absurde. En second lieu quel est le signe révélateur du droit dont on s'occupe ? Voilà le point capital que la

(1) Répert, v° Effet rétroactif, sect. 3, § 1, n° 3.

définition de Merlin ne met pas en relief. Nous proposerons donc la suivante : Constitue un droit acquis, tout avantage dont la conservation ou l'intégrité est garantie au sujet investi par une action ou par une exception.

« Au contraire, ne sera pas un droit acquis, mais sera un simple intérêt tout avantage dont la conservation ou l'intégrité n'est pas garantie au profit du sujet par une action ou par une exception.

« La règle serait par conséquent ainsi formulée : une loi nouvelle ne peut pas, en principe, porter atteinte à un droit, mais elle peut détruire ou léser un intérêt. »

Nous verrons à la section suivante une réfutation topique de cette théorie par Vareilles-Sommières. D'ailleurs la jurisprudence ne l'a jamais admise, et l'auteur relève lui-même à chaque instant des contradictions avec la jurisprudence. Cependant il faut lui reconnaître le mérite d'être conséquent avec lui-même et de suivre son principe dans ses conséquences. C'est ainsi qu'il admet, ce que de rares auteurs osent faire (1), qu'une loi modifiant les formes des testaments s'appliquerait même aux testaments déjà faits ; tandis que la majorité des auteurs admettent ici la règle contraire, imposant ainsi une exception à leur principe. En pareil cas, Laurent reconnaissait bien qu'il n'y avait pas droit acquis ; et pourtant, il écartait l'application de la loi nouvelle au nom du principe de non-rétroactivité, sous prétexte que le législateur n'avait pas de raison de régir le passé ! Est-il la peine de faire remarquer que

(1) C'est notamment la solution de Merlin (Répert. v. Effet rétro., sect. 3, § 5, n° 1) et de Mailher de Chassat (t. II, p. 1 seq.)

le législateur est déterminé par des raisons jugées par lui suffisantes et que le juge n'a pas à apprécier ?

Pour terminer avec Huc, voyons dans quelle mesure il reconnaît le pouvoir d'appréciation du juge. Nous avons vu qu'en définitive Laurent l'admet très largement, puisqu'en principe la règle est, d'après lui, la même que pour le législateur, qu'il déclare n'être lié que par la Constitution. Pour Huc, au contraire, il ne faut admettre le pouvoir d'appréciation du juge que dans une étroite mesure. La Cour de Caen avait admis (1) qu'il appartient au juge de rechercher dans *la nature des dispositions de la loi et dans l'utilité de son application immédiate*, si le législateur a entendu déroger au principe de la non-rétroactivité. Mais Huc proteste contre cette solution qui, en définitive, admet un très large pouvoir d'appréciation du juge : il décide que « le juge doit rechercher la volonté du législateur uniquement dans le texte et dans l'économie générale de la loi elle-même, et non dans *la nature*, douteuse peut-être, des *dispositions de la loi*, et moins encore dans *l'utilité*, plus ou moins démontrée, de son application immédiate. »

Et Huc tire argument de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt de l'argent, dont l'art. 5 décide : *Il n'est rien innové aux stipulations d'intérêt par contrat ou autres actes faits jusqu'au jour de la présente loi*. « Le rédacteur de la loi de 1807, dit-il, n'avait pas besoin de dire que cette loi ne portait aucune atteinte aux droits acquis avant sa promulgation ; en insérant cette superfétation inutile il semble qu'il ait prévu pour la condamner, la doctrine que nous repoussons. »

(1) 25 févr. 1883 (S. 86. 2. 29.)

Il est permis de songer à l'argument contraire. Car si dans cette loi le législateur, comme d'ailleurs dans bien d'autres, a écarté expressément l'effet rétroactif, il semble bien qu'il reconnaît par là, que le juge n'est que bien imparfaitement lié par l'art. 2. C. civ. (1).

SECTION III

Système de Vareilles-Sommières.

Jusqu'en 1893 la théorie traditionnelle de la non-rétroactivité basée sur la distinction entre droits acquis et expectatives fut universellement admise, personne ne songeant à la contester et encore moins à contester le principe. En 1893, Vareilles-Sommières publia dans la Revue critique de législation et de jurisprudence une étude intitulée : *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois* et portant en sous-titre *Critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives*. L'auteur expose en quelques mots l'objet de son étude :

« Cette étude, dit-il, se divisera en deux parties :

« La première exposera ce qui constitue la rétroactivité dans les lois et indiquera par conséquent dans quels cas on doit dire qu'une loi est rétroactive.

« Elle se subdivisera en deux chapitres : dans l'un l'auteur fera connaître sa doctrine ; dans l'autre il réfu-

(1) Les théories basées sur le respect des droits acquis n'ont pas eu davantage de succès en Allemagne. On en trouvera une critique au Supplément. V. *Extraits de Goepfert*, ch. III, § 8 (v. notamment la critique de Blondeau et de Laurent).

tera la doctrine courante et combattrà la distinction entre les droits acquis et les simples expectatives.

« La seconde partie montrera comment le juge et l'interprète d'après la doctrine de l'auteur, doivent appliquer l'art. 2. C. civ., qui leur défend d'attribuer aux lois, dans le doute, un effet rétroactif. »

Donc pour Vareilles-Sommières, l'art. 2 C. civ. défend au juge d'attribuer dans le doute à la loi un effet rétroactif. Seulement comme la loi ne définit pas l'effet rétroactif, cette prohibition ne sera effective que si on en donne une définition que le juge devra respecter. Et Vareilles-Sommières cherche d'abord à donner cette définition. Nous verrons s'il y a réussi. Mais il démontre aussi, et il y réussit pleinement et sans peine, que la définition jusque-là donnée n'est pas satisfaisante.

Je dis à dessein « n'est pas satisfaisante » et non « est inexacte » parce que toutes les définitions peuvent ici être proposées, la loi n'en indiquant aucune : et nous avons vu jusqu'à présent que les auteurs ne s'en sont pas privés. Seulement il n'y aura à tenir compte de ces définitions que si, en écartant comme rétroactive l'application d'une loi nouvelle conformément aux indications de la définition proposée, on n'arrive pas à des solutions manifestement inadmissibles, c'est-à-dire, en définitive, que si la jurisprudence s'y conforme; et s'il y a des cas où la jurisprudence donne des solutions absolument opposées, il est bien évident que la définition n'est pas satisfaisante.

Vareilles-Sommières résume d'abord les systèmes précédents que j'ai étudiés en détail, et il reconnaît qu'ils se ramènent à deux catégories : les uns disent que la rétroactivité consiste dans la violation de droits

acquis par opposition à de simples expectatives ou dans la violation de droits par opposition à de simples intérêts; les autres disent que la loi est rétroactive même quand elle ne ravit que de simples expectatives ou intérêts, c'est-à-dire en définitive que toute loi est rétroactive, car toute loi ravit à tous ou à certains, au moins une expectative : seulement il y a dans la rétroactivité deux degrés : l'un, qui consiste à violer des droits acquis ne peut jamais être attribué spontanément par le juge à la loi ; l'autre, en dépit du Code, doit toujours lui être reconnu.

Remarquons que ces deux catégories de systèmes reposent sur le même criterium : seulement le premier pour respecter l'art. 2 C. civ. ne décide qu'il y a rétroactivité que quand on s'accorde à écarter la loi ; le second voulant donner de la rétroactivité une définition abstraite, est obligé de ne tenir aucun compte de l'art. 2, car il se trouve qu'en pratique le juge fait souvent de la loi une application emportant effet rétroactif, d'après la définition donnée de la rétroactivité, quelle que soit d'ailleurs cette définition.

Quoi qu'il en soit de ces variantes de terminologie, Vareilles-Sommières déclare nettement que le criterium jusque-là suivi est faux et qu'il le repousse.

En effet, dit-il, « nous ne disons point seulement que les auteurs n'ont pas donné ici de définitions qui tiennent debout : nous affirmons qu'il est impossible d'en donner ; nous mettons le plus délié civiliste au défi de formuler une définition du droit acquis qui ne convienne pas à plusieurs des situations qu'on range parmi les expectatives, une définition de l'expectative qui convienne à tout ce qu'on appelle de ce nom.

« Or, quand il est impossible de mettre entre deux

catégories de choses qu'on s'efforce de séparer la limite précise d'une définition exacte, c'est qu'aucune d'elles n'offre de caractère propre et spécifique; et quand deux catégories de choses ne diffèrent l'une de l'autre par aucun caractère exclusivement propre à l'une d'elles, c'est qu'il n'y a pas lieu de distinguer, et, si on persiste à le faire, la classification est artificielle et vicieuse. »

Je ne veux pas reproduire ici l'excellente argumentation de Vareilles-Sommières (Rev. cr. 1893, p. 453-468). Je me bornerai à en indiquer les grands traits, à titre de critique des théories que j'ai précédemment exposées.

D'abord dans la doctrine traditionnelle, l'expression *droit acquis* ne fait pas, comme on pourrait le penser, antithèse à *droits innés*. Car on ne voit pas pourquoi *l'épithète malsonnante* de *rétroactive* serait réservée aux seules lois qui modifient les droits acquis. Et, de plus, beaucoup de lois ne sont point dites *rétroactives* bien que violant des droits qui ne sont pas innés, par exemple, droits de suffrage, d'éligibilité, droit d'être juré, incapacité de la femme mariée. Aussi l'expression *droits acquis*, dans la théorie traditionnelle, a un sens arbitraire et nouveau qui n'est jamais très net.

« On définit généralement en France le *droit acquis* : l'avantage que nous possédons déjà et qui ne peut nous être ravi ni par le fait de la personne de qui nous le tenons, ni par le fait d'un tiers; et la simple *expectative* : l'avantage que nous ne possédons pas encore et que la volonté d'un tiers peut faire évanouir. »

Et au premier abord ces définitions paraissent plausibles; par exemple, le droit d'un héritier dans une succession ouverte sera un *droit acquis*; au

contraire, le droit éventuel d'un successible à la succession d'une personne encore vivante ne sera qu'une expectative, car « deux volontés étrangères peuvent l'en priver à tout jamais, celle du futur *de cujus* qui peut tester, et celle de la mort qui peut intervertir ses coups. » De même une prescription terminée sera un droit acquis, une prescription commencée ne sera qu'une expectative.

« Ces exemples nous permettent de dire que les définitions un peu lourdes qu'on nous a données tout à l'heure pourraient être avantageusement remplacées par les suivantes, qui sont plus nettes, plus juridiques et qui ne trahissent point la pensée des auteurs : ce qu'ils appellent les droits acquis, ce sont les droits dont l'exercice dépend de notre seule volonté ; ce qu'ils appellent expectatives, ce sont les droits dont l'exercice ne dépend pas de nous seuls, mais aussi de la volonté d'une autre personne. Ce sont des droits aussi, en effet, que les expectatives, du moins d'après les modèles qu'on nous donne : la faculté de succéder est un droit ; la faculté de prescrire est un droit ; ce sont des droits d'un exercice incertain, mais ce sont des droits. »

Et alors, je ferai tout de suite remarquer qu'on ne voit pas comment, pour appliquer l'art. 2 C. civ., les auteurs proposent de décider que les lois ont effet rétroactif quand elles nous enlèvent pour l'avenir des droits dont l'exercice dépend de notre seule volonté, et ne l'ont plus quand ces droits dépendent aussi de la volonté d'une autre personne. C'est faire de la rétroactivité une notion exclusivement de gravité, d'importance de la loi, alors que le premier alinéa de l'art. 2 montre bien que c'est uniquement ou au moins prin-

cipelement une notion de temps. — Je ne comprends pas qu'on puisse parler de rétroactivité sans faire intervenir d'une manière ou d'une autre la notion du passé.

Vareilles-Sommières remarque alors que les droits acquis répondant à la définition sont innombrables : droits de propriété, de chasse, de créance, de se promener etc... La grande majorité des lois vont donc être rétroactives ? Qu'on se rassure. Les auteurs font de la rétroactivité un caractère exceptionnel. Mais alors « les définitions posées ne servent plus de rien ; elles sont oubliées ou contredites à chaque pas... Le droit acquis et l'expectative changent de caractère et d'aspect à tout instant. »

Par exemple le droit de suffrage doit être un droit acquis, puisque nous le possédons, que personne ne peut nous le ravir et que son exercice dépend de notre seule volonté ; et, par suite les lois qui le modifient vont être rétroactives. « Pas du tout ; d'après tous les auteurs, ce droit n'a rien du droit acquis et, d'après la plupart, ces lois n'ont rien de rétroactif. »

Mêmes solutions pour la liberté individuelle sous toutes ses formes, le droit d'aller et de venir, l'inviolabilité du domicile, le droit de chasse, le droit de pêche.

De même pour la capacité d'un majeur de 21 ans (Savigny seul la considère comme un droit acquis).

De même enfin pour le droit d'user du mode de procédure fixé pour faire valoir nos prétentions en justice, le droit d'user des voies d'exécution ouvertes pour forcer le débiteur à payer, la contrainte par corps par exemple.

En sens inverse, tous les auteurs ou à peu près

(j'ai relevé les exceptions) déclarent que la loi qui dénuée d'efficacité les testaments de personnes vivantes antérieurement dressés dans telle ou telle forme est gravement rétroactive, bien que, d'après les définitions, elle ne touche qu'à des expectatives.

De même pour les créances subordonnées à des conditions potestatives de la part du débiteur.

La notion première qu'on a donnée du droit acquis et de l'expectative devient donc une lettre morte. Le droit acquis n'est plus l'avantage possédé que nul ne peut nous enlever; l'expectative n'est plus l'avantage espéré qu'un particulier peut nous ravir.

« Alors qu'est-ce que le droit acquis et l'expectative? Les auteurs pallient, chemin faisant, l'insuffisance de leurs premières formules par des correctifs qui varient pour chaque droit examiné. Leur pensée devient ondoyante et insaisissable. »

C'est ainsi que tantôt ils disent que le droit acquis est celui qui est entré dans notre patrimoine et que nous pouvons céder. Mais la nationalité, l'état de personne mariée, sont hors du patrimoine et hors du commerce; et pourtant ils en font des droits acquis.

Tantôt ils disent que le droit acquis est celui que le législateur nous a reconnu ou donné d'une façon définitive; et que l'expectative est le droit qu'il ne nous a donné que provisoirement et en se réservant de le reprendre. « Mais jamais le législateur comme tel ne prend d'engagement envers les sujets; les lois sont des commandements et jamais des promesses; le souverain ne veut ni ne peut en aucun cas abdiquer la plénitude de sa liberté d'action pour l'avenir; il n'est pas un droit qu'il ne se réserve de modifier ou de supprimer, si le bien social l'exige... On peut juger de la

sûreté du criterium en considérant que les auteurs rangent dans les expectatives, dans les concessions provisoires, le droit de se marier, le droit d'acheter, le droit de succéder à son père, et dans les droits acquis, dans les concessions éternelles, le droit à la propriété des îles formées dans un cours d'eau en face de notre fonds, ou le droit au bénéfice d'une présomption de mitoyenneté. » J'ai déjà fait remarquer qu'il est absolument déraisonnable pour un législateur de prétendre soumettre à ses lois les législateurs à venir, et qu'on ne comprend qu'une loi dispose pour toujours que lorsque cette loi émane d'un législateur qui se pose comme souverain absolu et éternel ; telle est, je l'ai indiqué, la loi de Dieu citée dans l'Evangile. Mais quand une loi n'est que l'expression momentanée de la volonté sociale on ne comprend pas qu'on puisse y chercher la promesse que cette volonté ne variera jamais.

Tantôt les auteurs nous présentent les simples expectatives comme étant les droits qui nous sont donnés par des lois d'intérêt général. « Les droits acquis, par suite, seraient ceux qui nous sont donnés ou reconnus par des lois qui ne sont pas d'intérêt général ; comme si toutes les lois n'étaient pas d'intérêt général, comme s'il en était une seule qui n'ait pas en vue le bien commun. Tout cela est énigmatique. » Quant à la distinction en lois d'ordre public et en lois qui ne sont pas d'ordre public proposée par certains, il est difficile de comprendre ce qu'elle vient faire ici. D'ailleurs les auteurs ne lui sont pas plus fidèles ; les lois sur le mariage, sur la naturalisation sont, au plus haut degré, des lois d'ordre public, d'intérêt général ; or, précisément on nous dit que ces

lois ne peuvent, sans être gravement rétroactives, porter atteinte, même pour l'avenir seulement, aux mariages et aux naturalisations antérieurs. »

Tantôt on insinue que les expectatives sont les facultés non encore exercées, par exemple droit d'acheter, de louer ; et que les droits acquis sont les résultats de facultés exercées, par exemple, propriété d'un bien, quand on l'a acheté. « Mais on oublie que tous nos droits, même ceux qui viennent d'une faculté exercée, ne sont pour l'avenir que des facultés non exercées. Qu'est-ce, par exemple, pour l'avenir, que mon droit de propriété sur tel bien, sinon les facultés non exercées d'en user, d'en recueillir les fruits, de le transformer, de l'aliéner ? Si donc nos facultés ou droits non exercés ne sont pas des droits acquis, il n'est pas un de nos droits actuels qui soit un droit acquis. » Certains auteurs insistent et disent qu'il faut considérer comme droit acquis la faculté, non exercée, qui nous a été obtenue par une faculté exercée. « Il y aurait là bien des choses à dire, répond Vareilles-Sommières. Nous nous contenterons d'adresser à nos adversaires quelques arguments *ad hominem*. La faculté de faire des actes d'administration n'est-elle pas obtenue au mineur par une autre faculté exercée, par l'émancipation accomplie, par le mariage contracté ? Or, tous les auteurs disent que les lois qui retirent la capacité aux mineurs émancipés comme aux majeurs, ne détruisent qu'une expectative... Le droit de voter et le droit d'être élu ne sont-ils pas acquis par l'exercice de la faculté de se faire naturaliser ? Or, ils disent tous que les lois qui suppriment de tels droits ne sont pas entachées de vraie rétroactivité. Nous pourrions multiplier les objections de ce genre. »

« Demolombe modifie un peu le point de vue précédent.

« Le droit acquis serait l'avantage que l'on avait surtout en vue en exerçant une faculté, le résultat immédiat et principal de l'acte, du fait accompli. Mais la capacité partielle n'est-elle pas l'objet principal et immédiat de l'émancipation ? etc... Or, tous ces droits d'après Demolombe lui-même ne sont pas des droits acquis. Le droit d'être Français, la nationalité n'est pas pour la grande majorité des Français, le résultat d'une faculté exercée, si ce n'est celle de naître ; elle n'est point, en tout cas, l'objet et le résultat principal de l'exercice de cette faculté. Pourtant, d'après Demolombe, comme d'après tous les autres, la nationalité est un droit acquis et la loi qui nous l'enlève est rétroactive. »

Tantôt les auteurs laissent entendre que le droit acquis est celui qui résulte d'un fait de l'homme, et que les droits concédés directement soit par la loi naturelle, soit par la loi positive, ne sont que des droits révocables, de simples expectatives. « Et l'on classe pourtant parmi les droits acquis, et le droit ouvert de succession *ab intestat*, même celui du réservataire, et la nationalité des Français de naissance, et la propriété des îles formées en face de notre fonds, droits qui nous viennent de la loi directement ; et l'on classe parmi les expectatives la capacité partielle du mineur émancipé, l'incapacité de la femme mariée, l'usufruit légal des père et mère, le droit de recueillir un legs non encore ouvert, et plusieurs autres droits qui nous sont procurés par un fait de l'homme. »

Tantôt les auteurs ont l'air de dire que les droits acquis sont les droits individuels ; les droits communs

à tous et identiques pour tous seraient les expectatives. « Nous ne nous chargeons pas d'expliquer pourquoi les droits individuels sont plus importants ou plus définitifs que les autres; encore moins pourquoi les droits communs à tous ne sont pas individuels; le droit que j'ai cesse-t-il d'être à un individu, c'est-à-dire d'être individuel, parce qu'il appartient en même temps à mes semblables? Ne dit-on pas la *liberté individuelle* pour désigner le plus essentiel des droits communs à tous les hommes? Passons. Mais la qualité de Français n'est-elle pas en France un droit commun à tous les sujets? Or, on la classe parmi les droits acquis. La qualité de mineur émancipé n'est-elle pas individuelle? On la classe parmi les expectatives. »

« Aubry et Rau ne se hasardent pas à donner du droit acquis une définition abstraite. Ils se bornent à affirmer que les droits acquis sont ceux qui constituent notre état et notre patrimoine.

« Pourquoi ces droits sont-ils plus acquis que les autres? Pourquoi n'y a-t-il rétroactivité dans la loi que quand elle touche à l'état et au patrimoine? Les éminents juristes ne donnent aucune raison et aucune explication.

« Plus précise, mais plus arbitraire que les précédentes, leur formule se trouve aussi souvent en défaut que toutes les autres et plus gravement encore. »

D'ailleurs Aubry et Rau reconnaissent que leur *criterium* n'a aucune valeur en ce qui concerne les lois pénales et les lois qui modifient la forme des actes. Pour les lois pénales, la théorie ordinaire serait écartée, d'après ces auteurs par l'axiome *nulla poena sine lege*.

« Il est assez curieux, remarque justement Vareilles-Sommières que justement la théorie ordinaire de la non-rétroactivité ne s'applique point aux lois auxquelles, de tout temps et partout, on pense tout d'abord, dès qu'il est question de non-rétroactivité. » Et pour les lois qui modifient la forme des actes, il y aurait aussi un principe spécial : *tempus regit actum*.

Il y aurait donc trois théories distinctes sur la rétroactivité des lois. « C'est inadmissible. L'art. 2 C. civ. qui n'a rien de spécial au droit civil, pose un principe unique, en vue des lois pénales aussi bien et plus encore que toutes les autres : la loi n'a pas d'effet rétroactif. La raison d'être du principe doit être partout la même ; le jeu du principe doit être invariable ; les lois rétroactives doivent toutes se reconnaître au même signe. Comme le Code, la langue universelle s'est servie et se sert d'un seul et même mot pour désigner l'empiètement d'une loi quelconque sur le passé ; ce mot unique doit signaler partout le même phénomène, avec les mêmes caractères et les mêmes effets. »

Enfin Aubry et Rau font, même parmi les lois qui touchent à notre état et à notre patrimoine, des distinctions qu'ils ne peuvent nous expliquer : en effet, ils décident que « les lois qui nous enlèvent un pouvoir sur certaines personnes, celles qui suppriment l'usufruit légal des père et mère, celles qui dépouillent nos immeubles d'une servitude légale sur les immeubles voisins, ne sont pas rétroactives. »

« C'est encore Valette, dit Vareilles-Sommières, qui a trouvé ce qu'on peut dire de mieux pour définir les deux catégories d'effets futurs des faits passés qu'on

s'efforce de distinguer ici sous les noms de droits acquis et de simples expectatives. Les droits acquis seraient les fortes attentes des citoyens, les expectatives ne seraient que leurs faibles attentes. C'est tout ce qu'il y a de plus vague et, justement pour cela, ce qu'il y a de moins défectueux, car, pour une distinction fausse, les formules les plus lâches sont toujours les meilleures. » J'ai déjà fait remarquer, dans le même sens, que le système de Valette était le meilleur, car puisqu'il n'y a point ici en réalité de règle de droit, mais seulement des considérations de fait, la formule la plus vague sera la moins choquante.

« Mais, ajoute Vareilles-Sommières, quelque déluées que soient ici la notion du droit acquis et celle de l'expectative, elles n'échappent point à des objections précises tirées de la répartition que Valette, avec tous les autres, fait de nos droits entre les deux membres de la division classique. Faible attente pour les citoyens que le droit de se marier, que le droit d'acheter, que le droit de s'associer, que le droit de succéder à ses parents, puisque de l'aveu de Valette et des autres jurisconsultes, la loi qui les supprimerait ne serait pas rétroactive, ou ne le serait qu'à la dose insensible. Forte attente au contraire pour un homme vivant que l'espoir de n'être pas forcé de refaire son testament dans une nouvelle forme. Faible attente pour des majeurs, que la continuation de leur capacité, et la loi qui vient les remettre en tutelle jusqu'à 25 ans, jusqu'à 30 ans ne doit leur causer qu'une très légère surprise. Faible attente pour les femmes, et même pour les maris que la persistance de l'incapacité des premières, leur pleine émancipation civile et politique ne porterait atteinte qu'aux prévisions des imprévoyants,

Mais forte attente que la conservation de la propriété des îlots ou du lit desséché d'une rivière, acquis par accession ; forte attente pour le créancier d'une rente perpétuelle, constituée sous une loi qui n'admet pas le rachat, que le droit de n'être pas remboursé. Qui ne voit que les données du droit commun et de la réalité sont ici faussées à chaque instant ? Donc la recette nouvelle qu'on nous indique pour discerner les droits acquis n'est pas bonne, et le droit acquis reste indéfinissable et indescriptible. »

Vareilles-Sommières étudie ensuite les systèmes qui distinguent entre le droit et l'intérêt. Je pense qu'il suffira de lire l'exposé que j'ai donné de ces systèmes pour voir que la confusion y est encore bien pire que dans les autres. « C'est tomber de Charybde en Scylla, dit Vareilles-Sommières. . . »

« Un droit pour quiconque a une notion de philosophie et de jurisprudence est une faculté reconnue par la loi. Suivant cette nouvelle distinction, toute loi qui change ou supprime une des facultés précédemment données ou reconnues aux sujets serait donc rétroactive : rétroactive la loi qui supprime ou modifie le suffrage universel, rétroactive la loi qui recule jusqu'à 40 ans l'éligibilité à la Chambre des Députés ; rétroactive la loi qui restreint le droit de chasse ; rétroactive la loi qui établit une nouvelle incapacité de succéder ; innombrables seraient les lois rétroactives. Mais non : ces auteurs en changeant les dénominations des deux membres de la division classique, ne changent rien à la répartition faite entre eux de nos attentes par la masse des juristes : ils ne classent parmi les droits, ni le droit de suffrage, ni le droit d'éligibilité, ni le droit de chasse, ni le droit de

succéder, ni une foule d'autres droits. Ces droits ne sont pas des droits ? Ce sont de simples intérêts ? On a donc tort de dire les droits politiques, le droit de chasse, le droit de succéder ? Comment faut-il s'exprimer ? Faut-il dire les intérêts politiques, l'expectative de la chasse, l'attente de succéder ? Qu'est-ce donc qu'un droit ? Quelle nouvelle notion nous apporte-t-on ? M. Hué nous dit que le droit est protégé par une action ou une exception. Mais croit-il donc que le droit de suffrage, le droit d'éligibilité, le droit de chasse et tous les autres droits qu'il transforme en intérêts soient démunis d'action ou d'exception et qu'ils puissent être impunément méconnus, entravés ? »

Vareilles-Sommières démontre donc surabondamment qu'il n'est pas possible de donner un criterium servant à distinguer les lois rétroactives de celles qui ne le sont pas, au moyen du droit qu'elles nous enlèvent. « C'est la preuve évidente, ajoute-t-il, que toute distinction de ce genre est contre nature et qu'il faut y renoncer. » On pourrait reprocher à cette démonstration d'être purement empirique, et par suite certains esprits pourraient être tentés de rechercher encore un criterium dans ce même ordre d'idées, malgré la faillite de tous les systèmes jusque-là présentés. Mais nous allons voir que même en raison on peut démontrer que ce n'est pas là qu'il faut rechercher le criterium de l'effet rétroactif.

« Pour savoir si la loi qui nous enlève un droit pour l'avenir est rétroactive ou non, dit Vareilles-Sommières, ce qu'il faut considérer, ce n'est point quel droit elle nous enlève, mais pourquoi elle nous l'enlève. »

Et Vareilles-Sommières expose ainsi son système.
— Il admet deux rétroactivités.

1^o Toute loi est rétroactive « quand elle efface dans le passé les effets déjà produits d'un acte ou d'un fait antérieur ou, en termes plus simples, quand elle nous ravit un droit dans le passé même. »

J'avoue ne pas bien comprendre comment une loi peut effacer dans le passé les effets déjà produits d'un acte ou d'un fait antérieur, ou nous ravir un droit dans le passé même. Par exemple, je suis devenu propriétaire d'une terre par une vente antérieure; j'en ai récolté les fruits : je ne vois pas comment une loi pourra effacer dans le passé cet effet déjà produit; ce qu'elle pourra faire, ce sera de me priver de ces fruits, mais alors ce sera un effet dans l'avenir; — et peu m'importe qu'une loi décide que je n'ai pas été propriétaire : ce qui me sera moins indifférent, ce seront les conséquences à venir de cette loi, mais précisément il n'en est pas question ici; et je ne puis concevoir que le législateur veuille me ravir dans le passé mon droit de propriété.

En réalité Vareilles-Sommières s'explique mal, et des exemples qu'il nous donne heureusement font comprendre sa pensée. Il s'agit, en somme, de lois qui effacent dans l'avenir les effets futurs d'un acte ou d'un fait antérieur, ou qui nous ravissent un droit dans l'avenir, mais d'une manière telle qu'on amènera la situation à être autant que possible ce qu'elle aurait été si les effets passés ne s'étaient pas produits, si nous n'avions pas eu dans le passé le droit que nous avons eu en effet, et qu'il ne dépend plus de personne de nous ravir dans le passé même. On comprend que ces lois ont, dans la mesure du possible, les mêmes effets

que si elles avaient existé dès avant leur promulgation. On leur fait donc produire certains effets qui ne sont explicables que par une fiction de préexistence à elles-mêmes.

2^o Mais, pour Vareilles-Sommières, il y a une autre catégorie de lois rétroactives. Ces lois ne disposent que pour l'avenir. Elles ne supposent aucune modification dans le passé, c'est-à-dire s'expliquent sans aucune fiction de préexistence. Et cependant elles sont rétroactives. Et cela parce qu'elles agissent « à raison d'un fait passé. »

Que ce soit à raison du fait même qui a donné naissance à ce droit, ou à raison d'un autre fait, il n'importe : du moment que c'est à raison d'un fait passé que la loi modifie *in futurum* notre situation actuelle, il y a rétroactivité.

Cette nouvelle espèce de rétroactivité est de nature à nous surprendre. En effet, rien ne la faisait prévoir. Vareilles-Sommières la justifie par quatre séries d'arguments.

D'abord, il prétend qu'elle a pour elle l'autorité des rédacteurs du Code civil : « Comme Portalis, s'il revenait, dit-il (op. cit. n^o 49), en voudrait au premier qui a introduit en France avec un succès désolant, la distinction informe du droit acquis et de l'expectative, et la contre-vérité évidente que la loi qui supprime un droit pour l'avenir, sans viser un fait passé, est une loi rétroactive. »

Le passage de Portalis auquel il est fait allusion, et que je transcris d'après Vareilles-Sommières, prouve bien qu'une loi qui ne dispose que pour l'avenir n'est pas rétroactive, et par conséquent, condamne bien la théorie régnante, mais il est impossible d'y voir

la moindre allusion à la rétroactivité résultant de ce qu'une loi supprime un droit pour l'avenir à raison d'un fait passé : « Détruire une institution qui existe, dit Portalis, dans son discours au Corps législatif, sur le titre préliminaire, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive, car, si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé ; mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus. Or, voilà tout ce qu'ont fait les lois qui ont détruit les fiefs, la noblesse, les substitutions. »

Vareilles-Sommières donne ensuite des arguments de raison : « Alors, en effet, dit-il (op. cit. n° 4), la loi va chercher dans le passé un fait accompli, pour lui faire un grief ou de sa forme ou de quelque autre de ses conditions de validité, ou de sa licéité, ou de sa nullité ou de ses effets positifs propres. C'est ce fait passé qu'elle soumet à une règle nouvelle ; ce n'est point le droit qu'elle nous enlève qui est l'objet de ses préoccupations et de ses dispositions : la preuve c'est qu'elle le laisse subsister intact aux mains de tous ceux qui ne l'ont pas acquis de telle façon ou qui n'ont pas accompli tel autre acte déterminé. C'est le fait passé à l'occasion duquel elle nous enlève le droit qu'elle vise, qu'elle saisit, qu'elle entraîne sous son empire. »

Evidemment ces lois tiennent plus compte du passé que d'autres lois. Mais en tiennent-elles compte de telle manière qu'elles soient ainsi rétroactives ? Je ne le pense pas. Que le législateur soit rigoureux en modifiant un droit à raison d'un fait passé, ce n'est pas douteux. Mais ce n'est pas pour cela que sa loi est rétroactive. Et la preuve en est qu'on a formulé dans

le Code pénal la maxime *nulla poena sine lege* qui serait inutile si la loi punissant des actes précédemment accomplis était rétroactive, bien que ne nous atteignant que pour l'avenir dans l'un de nos droits, liberté ou propriété. — Ici Vareilles-Sommières fait la même confusion que presque tous les auteurs, entre l'iniquité de la loi et sa rétroactivité. Je reviendrai sur cette question qui est, en somme, la question capitale de la matière dans la seconde partie de cette étude. — Remarquons seulement que Vareilles-Sommières au lieu d'appeler à tort rétroactive la loi dont l'iniquité consiste à violer des droits acquis a le mérite d'appeler ainsi la loi inique qui modifie des droits à raison d'un fait passé ; la confusion est en effet plus excusable, car l'élément constitutif de l'iniquité de la loi est ici son regard sur le passé. Mais il n'en est pas moins vrai que, quelque critiquable que soit la loi qui nous enlève un droit à raison d'un fait passé, elle n'a pourtant à cause de cela aucun effet rétroactif. En tout cas il n'est pas déraisonnable de l'admettre, et les arguments de raison de Vareilles-Sommières sont ainsi réfutés.

En troisième lieu, Vareilles-Sommières prétend que sa manière de voir est seule conforme au sens commun « qui possède un flair juridique purement instinctif et par conséquent infaillible. Il n'appelle comme nous rétroactives que les lois qui nous ravissent un droit dans le passé ou qui nous ravissent un droit pour l'avenir à raison d'un fait passé » (op. cit. n° 47).

Mais il me semble que le sens commun recherche bien plutôt la rétroactivité dans les effets de la loi que dans le point de savoir pourquoi elle nous enlève un droit. C'est d'ailleurs le sens de l'article 2 qui dit : *la*

loi n'a point d'effet rétroactif, montrant bien par là que la rétroactivité est un certain effet de la loi. Or, la théorie Vareilles-Sommières contredit absolument ce résultat, car elle admet qu'un même effet de la loi peut être rétroactif ou non suivant la cause pour laquelle la loi nous enlève le droit. C'est ainsi, par exemple, que la loi qui reporte à 30 ans le droit de suffrage, n'est pas rétroactive, pourvu que les votes antérieurs des citoyens de moins de 30 ans ne soient pas annulés ; tandis que la loi qui prive du droit de suffrage les citoyens qui se sont abstenus dans trois élections consécutives est rétroactive, même si elle ne porte aucune atteinte aux votes antérieurs de ces citoyens. Voilà donc deux lois qui ne disposent que pour l'avenir, qui ont exactement les mêmes effets et dont pourtant l'une sera rétroactive alors que l'autre ne le sera pas. Pour moi, comme pour Planiol, par exemple, aucune de ces lois ne sera rétroactive puisqu'elles ne disposent que pour l'avenir, n'ont d'effet que pour l'avenir. Et je trouve que le flair du sens commun est bien subtil s'il décide infailliblement, comme le prétend Vareilles-Sommières, qu'une de ces lois est rétroactive, l'autre non. En réalité la rétroactivité n'a rien à voir ici. Nous retrouvons la confusion que j'ai déjà signalée. Dans le premier cas la loi qui recule l'âge où l'on a le droit de suffrage ne nous paraît pas injuste, soit parce qu'elle est basée sur l'ordre public, soit pour toute autre cause, et on décide qu'elle n'est pas rétroactive. Dans le second cas, au contraire, il nous paraît choquant dans l'état actuel de nos mœurs de frapper d'une déchéance des citoyens pour des faits passés et on décide qu'une loi qui ferait ainsi serait rétroactive, ce qui est tout à fait arbitraire et antijuridique.

Le sens commun dont on nous parle ne s'est pas trompé sur la signification du mot *rétroactif* dans d'autres circonstances où les auteurs ne l'ont pas égaré par des confusions comme celle que je viens de relever. Je veux parler des effets de l'accomplissement de la condition, modalité de l'obligation. La condition résolutoire, dit-on, opère *rétroactivement* ou mieux avec fiction de *rétroactivité*, car nous savons qu'il ne peut être question que de fiction en cette matière. Au contraire, la condition suspensive n'est pas *rétroactive*. Et sur cette terminologie on n'a jamais songé à élever aucune espèce de controverse. Or, qu'est-ce qui distingue les effets de ces deux sortes de conditions ? C'est que l'accomplissement de la condition résolutoire est fictivement reporté au jour de la naissance de l'obligation, tandis que l'arrivée de la condition suspensive n'opère qu'à partir de maintenant. La *rétroactivité* est une fiction de *préexistence*, et rien de plus. — Et il en est de même dans tous les autres cas où il est question de *rétroactivité* : effet *rétroactif* du jugement, du partage, etc.

Enfin la quatrième série d'arguments de Vareilles-Sommières consiste à expérimenter son criterium pour rechercher s'il justifie les solutions admises. Et ce sont les arguments qu'il nous présente comme les plus forts, bien qu'il reproche aux auteurs de procéder par empirisme. Or, il est bien certain que s'il a été amené à reconnaître sa seconde espèce de *rétroactivité*, c'est simplement parce qu'il n'y avait que cette manière d'expliquer les cas où la jurisprudence écarte comme *rétroactive* l'application d'une loi nouvelle bien que cette loi ne s'applique qu'à l'avenir sans fiction de *préexistence*.

Et je ne me refuserais pas *a priori* à accepter le système Vareilles-Sommières : en effet, on peut, à la rigueur, admettre que le mot *rétroactivité*, qui ailleurs désigne une fiction de préexistence, désigne en outre ici une application à l'avenir à raison d'un fait passé. Mais je montrerai que ce système n'est pas plus heureux que les autres et se heurte à des solutions absolument opposées.

Vareilles-Sommières a pourtant pressenti la confusion qu'on faisait dans la matière, et il explique que c'est par un autre principe que celui de la non-rétroactivité qu'il faut écarter l'application de la loi nouvelle, dans certains cas. C'est que dans ces cas son criterium est en défaut, et qu'il sent combien il serait choquant d'appliquer la loi nouvelle comme le voudrait ce criterium. Pour les autres auteurs qui veulent tout expliquer en cette matière par le seul principe de la non-rétroactivité, la loi nouvelle doit, au contraire, être appliquée dans ces cas, comme l'exigent leurs définitions.

Voici ce que dit à ce sujet Vareilles-Sommières (op. cit. n° 50) : « La distinction entre les droits acquis et les simples expectatives est généralement accompagnée, chez les auteurs, d'une autre erreur, que nous prendrons sur le fait par la suite, mais qu'il est bon de signaler dès à présent.

« Ils disent que toute loi nouvelle qui supprime ou modifie un certain droit doit recevoir l'application la plus large possible, doit être l'objet d'une interprétation extensive, et qu'il faut la considérer comme visant non seulement les droits de ce genre à venir, mais aussi tous ceux qui existent déjà, à moins que ces derniers ne soient des droits acquis, c'est-à-dire dans la

doctrine courante, des droits qu'on ne peut toucher sans rétroactivité, ou sans rétroactivité grave et digne de ce nom. En d'autres termes, pourvu qu'on ne donne pas à la loi un effet rétroactif, on doit, d'après eux, lui soumettre tout ce qu'il est possible de lui livrer, toutes les situations, tous les rapports de droit du genre de celui qu'elle règle, qu'ils soient déjà formés ou qu'ils soient futurs.

« Nous protestons contre ce prétendu principe d'interprétation. *Cette protestation n'est point la conséquence de notre système, même en acceptant celui que nous avons rejeté, on peut, on doit la faire.* »

(N^o 51). « Nous affirmons que toutes les fois qu'une loi nouvelle est restrictive de la liberté des sujets, s'il y a, même lorsque le principe de la non-rétroactivité de la loi n'est point intéressé, des raisons graves de faire une distinction entre les droits existants et les droits futurs, on doit, dans le doute, faire cette distinction et ne point appliquer la loi aux droits existants. C'est un axiome que, dans le doute, on doit adopter l'opinion la plus favorable à la liberté. L'évidence de cette vérité, reconnue partout ailleurs par ceux qui la violent ici, rend inutile tout autre argument. Nous ne le défendrons que par des exemples. »

Sans vouloir discuter la valeur de cette règle d'interprétation, je n'en conclus pas moins que lorsqu'on veut consciencieusement étudier cette matière, on est bien forcé d'admettre que toutes les solutions ne peuvent être justifiées par le principe de la non-rétroactivité, car ce principe ne peut être invoqué lorsqu'il ne s'agit que de l'avenir. Vareilles-Sommières a donc pressenti le vrai système, mais il laisse encore une part trop large au principe de non-rétroactivité. Et la

vérité est, comme je le montrerai dans la deuxième partie, qu'il faut faire appel non seulement au principe que, dans le doute, on doit adopter l'opinion la plus favorable à la liberté (1), mais à bien d'autres principes d'interprétation.

Les autres auteurs, qui n'admettent pas ici d'autre règle que celle de la non-rétroactivité, sans doute parce qu'ils ne trouvent que celle-là dans le Code, méconnaissent le principe posé par Vareilles-Sommières et décident qu'il n'y a pas à en tenir compte. C'est ainsi, par exemple, que Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (Traité de Dr. civ. n° 137) disent : « Et quant à la prétendue règle dont se réclament certaines des décisions de Vareilles-Sommières, à savoir que les lois restrictives de la liberté des personnes ne peuvent pas être appliquées, dans le doute, aux droits existants, parce que ce doute profite à la liberté, elle s'inspire d'une conception purement métaphysique à laquelle il est permis de refuser en droit toute valeur. Lors, au contraire, que le législateur resserre une liberté, qu'à tort ou à raison il juge avoir été jusque-là trop large et dangereuse, il n'y a aucun bon motif pour restreindre au-delà de ce que commande la non-rétroactivité de la loi, l'application de celle-ci. » J'aurai à rechercher dans la deuxième partie de cette étude s'il n'y a vraiment à tenir compte ici que du principe de la non-rétroactivité.

Voyons maintenant si le criterium Vareilles-Sommières est conforme à la pratique, c'est-à-dire examinons ce que vaut la quatrième série d'arguments que l'auteur nous propose, à savoir les arguments empiriques.

(1) Principe d'ailleurs contestable.

J'admets bien que la mise en œuvre du principe de non-rétroactivité, dans la théorie Vareilles-Sommières, est plus simple que dans la théorie classique, et sur ce point l'argument expérimental est bon. Mais il est en défaut quand il s'agit d'éprouver si les solutions que donne le principe sont celles de la jurisprudence.

« Pour nous, dit en effet Vareilles-Sommières, le juge et l'interprète n'ont qu'à refuser d'appliquer la loi nouvelle dès *qu'en l'appliquant on ravirait aux sujets un droit dans le passé ou dès qu'on leur ravirait un droit pour l'avenir à raison d'un fait passé*. Il s'agit là d'une vérification, pour ainsi dire, purement matérielle. »

Je ne conteste pas que le système soit en effet plus simple, mais parfois la jurisprudence donne des solutions absolument inconciliables avec lui. Je ne veux pas relever tous les points où la jurisprudence s'écarte absolument de la règle proposée par Vareilles-Sommières. Je me contenterai de deux exemples topiques.

D'abord les lois qui modifient la compétence. « La loi qui change la compétence, dit Vareilles-Sommières, ne porte pas atteinte à l'action régulièrement intentée et pendante devant la juridiction dépouillée pour l'avenir de la connaissance de cet ordre d'affaires. Il y aurait rétroactivité à annuler cette instance et à forcer le demandeur à recommencer le procès devant une autre juridiction : on le priverait de son droit à la validité de la procédure accomplie, à raison de ce fait passé qu'il a saisi, conformément pourtant à la loi qui régnait alors, telle juridiction. »

Or la jurisprudence admet une solution complètement opposée. En effet, d'après la jurisprudence, la loi

nouvelle gouverne les procès déjà nés eux-mêmes. Cependant le tribunal reste saisi d'après la loi ancienne, soit s'il y a eu jugement définitif en dernier ressort (Crim. Cass. 16 avr. 1831. D. 31. 11. 91), soit, et c'est le système qui triomphe, s'il y a eu un jugement définitif bien qu'il ne soit pas en dernier ressort (1).

Un deuxième cas où la jurisprudence est en contradiction absolue avec la théorie Vareilles-Sommières m'est fourni par les lois politiques. « S'il s'agit d'une loi qui enlève le suffrage non pas à tous ceux qui ont tel âge ou tel état, dit Vareilles-Sommières, mais à ceux qui ont fait tel acte, il ne faut certainement pas l'appliquer aux citoyens qui ont posé cet acte avant la loi : ce serait les priver du droit de vote à raison d'un fait passé ; il y aurait cette fois et pour tout de bon, rétroactivité. Nous avons déjà l'exemple d'une loi qui dépouillerait du suffrage quiconque s'abstient dans deux ou trois élections. » Mais la jurisprudence ne se range pas du tout à cette manière de voir. Elle a décidé, en effet, que la loi électorale qui déclare les auteurs de certaines infractions déchus du droit de suffrage s'applique même aux individus qui ont commis antérieurement ces infractions, même à ceux qui ont été condamnés avant la nouvelle disposition (2).

On voit donc que la jurisprudence n'admet pas ici une règle aussi simple que Vareilles-Sommières et que souvent elle base ses décisions sur des considérations d'un autre ordre. Il n'y aurait d'ailleurs eu

(1) Sur cette jurisprudence et les divers systèmes qui ont été proposés ; v. Delacour, *De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve*, thèse, Paris 1905, p. 19-109.

(2) V. Théodosiadès, *De la non-rétroactivité des lois*, thèse, Paris 1866, p. 42 s. — Douai, 6 févr. 1871, S. 72. 2. 42 ; Cass. 19 août 1850, P. 1851, 1. 121 ; 15 avr. 1868, S. 1868. 1. 184.

rétroactivité ici, que si l'on avait annulé les élections antérieures où la majorité n'aurait été obtenue que grâce à l'appoint des voix de ceux que la loi nouvelle prive aujourd'hui du droit de suffrage pour des faits antérieurs auxdites élections.

Vareilles-Sommières n'hésite pas à déclarer que la jurisprudence est ici égarée par la doctrine, et que rien n'est plus arbitraire et plus antijuridique que ses solutions. Je pense, au contraire, qu'elle a obéi à des considérations parfaitement respectables en appliquant immédiatement la loi, et en excluant des votes à venir ceux qu'on considérerait désormais comme indignes, s'en fussent-ils rendus indignes depuis longtemps. Je montrerai d'ailleurs dans la deuxième partie de mon étude, que le principe de la non-rétroactivité n'avait rien à faire ici.

Enfin on trouve relevés par Vareilles-Sommières lui-même, dans son article, de nombreux autres cas où la jurisprudence ne se conforme pas à sa règle.

La théorie Vareilles-Sommières n'est donc pas plus satisfaisante que les autres. Elle n'a d'ailleurs pas été admise en doctrine plus qu'en jurisprudence (1). Cependant elle a le mérite d'être la première à signaler que le principe de la non-rétroactivité ne suffit pas à rendre compte de toutes les règles d'interprétation en cette matière. Mais nous verrons dans la deuxième partie qu'elle fait une part encore beaucoup trop large au principe de la non-rétroactivité et qu'elle confond avec ce principe beaucoup d'autres règles d'interprétation qui en sont totalement distinctes.

(1) V. notamment Baudry et Houques. *Traité de droit civ.* I, n° 135 et s.

Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade dans leur grand Traité de droit civil déclarent revenir au système traditionnel. Et ils justifient leur manière de voir en affirmant tout simplement, et sans aucune espèce de preuves : « La loi ne produit pas d'effet rétroactif, qu'on le remarque, par cela seul qu'elle s'applique à des situations anciennes, à des rapports antérieurs, parce que ce sont alors des conséquences nouvelles qu'elle gouverne et qu'on ne peut pas dire qu'elle revient sur le passé. Elle est rétroactive, au contraire, lorsqu'elle s'attaque à des droits acquis, puisque ce qui avait été acquis est enlevé par elle et perdu par celui qui l'avait. » A-t-on jamais songé à dire qu'un voleur qui me prend un objet m'en dépouille rétroactivement ? On ne voit pas du tout comment la loi qui me prive d'un droit pour l'avenir, revient sur le passé. Elle peut être dure, rigoureuse, mais elle n'est pas du tout pour cela rétroactive.

Et les auteurs reconnaissent eux-mêmes que leur manière de voir n'est pas conforme à l'art. 2 C. civ. « On voit par cette analyse que si la loi, en principe, ne rétroagit pas, il n'est peut-être pas absolument exact de dire, comme le fait l'art. 2, qu'elle ne dispose que pour l'avenir ; elle règle dans une certaine mesure le passé lui-même, le passé qui n'est pas, si ces expressions sont permises, constitutif d'un droit acquis. »

Pour ces auteurs, en effet, régler le passé, c'est « régler des faits futurs qui dérivent de faits passés ».

Et malgré le sens si simple et si clair de l'art. 2, ils prétendent que cet article signifie que la loi peut régler tant l'avenir que le passé, pourvu qu'elle ne viole pas des droits acquis. Voilà donc un texte qui fixe une règle simple et unique d'application de la loi dans le

temps, et empêche au juge de lui donner des effets qui en supposeraient la préexistence : à cela il n'y a pas de doute, et c'est par le désir de prohiber des fictions de préexistence analogues à celle de la loi du 17 nivôse de l'an II que s'explique le vote de cet article. Eh ! bien, on l'interprète comme une règle indiquant au juge dans quelle mesure il doit écarter la loi par respect de certains droits. *Loi disposant pour l'avenir* devient synonyme de *loi respectant certains droits*.

Dès lors, la question ne sera plus de savoir si le juge ne donne pas à la loi un effet qui la suppose obligatoire avant d'être connue comme on pourrait le croire ; non. « Toute la difficulté du sujet, et elle est grosse, réside, en définitive, dans la distinction de ce qu'on appelle communément droits acquis ou droits et intérêts ou expectatives. »

Baudry et Houques passent en revue les définitions qu'on a données des droits acquis et expectatives et les trouvent toutes insuffisantes. Ils estiment que le criterium doit être très précis, et par suite critiquent surtout le système Valette, que nous avons au contraire préféré, précisément parce qu'il est le plus vague. Pour nos auteurs, « par droits acquis, il faut entendre les facultés légales régulièrement exercées, et par expectatives ou intérêts celles qui ne l'étaient pas encore au moment du changement de législation qui survient. »

Il est facile de voir tout de suite que ce criterium est une règle d'interprétation excellente pour le juge, mais qu'il n'a rien à voir avec le principe de non-rétroactivité. En effet, ce criterium repose sur l'idée que les lois nous ouvrent des voies de droit. Tant que nous ne sommes pas engagés, nous ne saurions nous

plaindre de ce qu'elles nous les ferment. Nous pouvons être déçus dans nos espérances, mais nous ne sommes pas contredits dans notre volonté manifestée : peut-être voulions-nous nous engager dans la voie ouverte, mais nous n'avions pas encore manifesté notre volonté à la société, et nous n'aurons qu'une déception intime. Au contraire, quand nous nous sommes engagés dans la voie qui nous est ouverte par la loi, nous avons notifié à la société notre intention de bénéficier de l'offre qu'elle nous faisait, et dès lors, il y aurait manquement de sa part à ses engagements.

Aussi le juge ne pourra appliquer ici la loi nouvelle que si une disposition expresse l'y oblige : sans cela il devra laisser user jusqu'au bout de la voie de droit où ils sont engagés, ceux qui y ont pénétré ; il fera survivre pour eux la loi ancienne.

J'aurai à revenir dans la deuxième partie sur cette règle que ceux qui ont déclaré vouloir suivre une voie de droit qui leur est offerte ne peuvent se la voir fermer, si ce n'est par la volonté expresse du législateur qui sera souvent commandée par l'intérêt général, au contraire du droit privé ou celui dont l'offre a été acceptée ne peut plus la retirer.

Mais je ne comprends nullement comment on peut tirer cette règle de l'art. 2 C. civ. et la rattacher au principe de la non-rétroactivité, comme le font nos auteurs, sans d'ailleurs aucunement justifier leur affirmation. « Rien de plus simple à l'aide de ce criterium, qui s'inspire du fondement même du principe de la non-rétroactivité de la loi, que de résoudre, en l'appliquant exactement, les difficultés de la matière, sans faire intervenir, comme le font la plupart des

interprètes, pour la solution de celles-ci, des considérations étrangères à la règle à laquelle ils prétendent obéir. »

J'avoue ne pas voir du tout comment ce criterium s'inspire du fondement même du principe de la non-rétroactivité de la loi. Sans doute la confusion vient de ce que le passé intervient comme élément de ce criterium, en ce sens que pour se prévaloir d'un droit que donnait la loi ancienne après qu'une loi nouvelle l'a détruit, il faut l'avoir acquis avant la promulgation de la loi nouvelle.

Mais il est bien évident que ceci n'a rien à voir avec le principe de la non-rétroactivité.

Quant à la critique qu'adressent nos auteurs à la plupart des interprètes « de faire intervenir, pour la solution des difficultés de la matière, des considérations étrangères à la règle à laquelle ils prétendent obéir », eux-mêmes n'y échappent pas. C'est ainsi qu'ils disent eux-mêmes dans le numéro suivant (135) que leur criterium ne suffit pas toujours, et qu'ils citent un cas où il faut faire appel au principe de l'autonomie de la volonté des parties. Voici l'hypothèse :

« Un contrat de vente est conclu, les deux parties ayant usé de leur aptitude à contracter, ont incontestablement un droit acquis à ce que leur convention, régulièrement formée, soit maintenue, quoiqu'il arrive. Ont-elles également le droit d'en demander la résolution pour inexécution des clauses du contrat, après qu'une loi nouvelle a supprimé cette faculté qui leur était accordée par les art. 1184 et 1654 C. civ. ?

Il semblerait que non, d'après la proposition émise, puisque, par hypothèse, cette faculté, née du contrat,

n'avait pas encore été utilisée lors du changement de législation : or ce résultat est inacceptable. — Sans doute, mais ce n'est point parce que notre proposition est fautive. C'est parce que les effets des contrats, ainsi qu'on le verra, doivent être régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés, en vertu du principe de « l'autonomie de la volonté des parties » en matière de convention, etc. »

D'autre part, je remarque avec Vareilles-Sommières que « tous nos droits, même ceux qui viennent d'une faculté exercée, ne sont pour l'avenir que des facultés non exercées. » Et alors le criterium de Baudry et Houques ne servira plus qu'à faire respecter des droits dans le passé si on l'entend littéralement, c'est-à-dire à écarter la rétroactivité au sens exact du terme, à savoir la fiction de préexistence de la loi ; mais nos auteurs affirment que l'observation de la règle qu'ils posent écartera aussi parfois l'application de la loi dans l'avenir ; c'est donc qu'ils entendent par « faculté exercée » non seulement ces facultés elles-mêmes, mais encore certaines de leurs conséquences à venir qui, elles, ne sont que des facultés non exercées comme le dit justement Vareilles-Sommières. Et alors, les droits répondant à la définition proposée comme étant celle des droits acquis, ne sont pas des droits acquis *puisque'il y en a qui ne sont que des facultés non exercées*, à savoir les conséquences des facultés exercées que la loi nouvelle doit respecter.

La définition de ces auteurs est donc encore moins acceptable que les autres, et il est clair qu'on ne peut étayer sur elle une prétendue théorie de non-rétroactivité.

Je montrerai, par contre, dans la deuxième partie

que ce criterium, qui ne nous fournit qu'une théorie informe lorsqu'on veut la rattacher à l'idée de non-rétroactivité avec laquelle il n'a rien à faire, est très important comme règle servant à déterminer dans quelle mesure on doit admettre la survie d'une loi ancienne.

Je trouve au contraire une notion plus exacte de la rétroactivité avec Planiol, qui n'hésite pas à affirmer que la distinction traditionnelle entre droits acquis et expectatives n'a absolument rien à voir dans la question. Pour lui ce qui constitue la rétroactivité d'une loi, ce n'est pas la nature ni l'importance des situations qu'elle modifie, c'est uniquement un élément de temps, un retour sur le passé. Et c'est le seul point de vue soutenable. « La loi est rétroactive, dit Planiol (Précis I, n° 243, édit. 1906) quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les conditions de légalité d'un acte, soit pour modifier ou supprimer les effets d'un droit déjà réalisés. Hors de là il n'y a pas de rétroactivité et la loi peut modifier les effets futurs de faits ou d'actes même antérieurs, sans être rétroactive. » Et Planiol explique nettement que la confusion qui règne en la matière provient de ce que les auteurs ont voulu définir à l'aide des mêmes formules, deux choses différentes : 1° la rétroactivité de la loi nouvelle ; 2° la survie de la loi ancienne. J'aurai à revenir sur cette distinction très exacte dans la deuxième partie.

Planiol montre donc que dans bien des cas où l'on explique traditionnellement l'application de la loi nouvelle par le principe de la non-rétroactivité, il s'agit en définitive d'un système absolument différent,

la survie de la loi ancienne, qui a ses règles spéciales, et que l'auteur expose ainsi (N^o 255) :

« En principe, l'abrogation de la loi ancienne est instantanée, de sorte qu'elle est désormais hors d'état de recevoir aucune application aux faits nouveaux. Si le passé doit être régi par les lois anciennes, conformément à la règle de non-rétroactivité, l'avenir est le domaine propre des lois nouvelles, et il doit leur appartenir tout entier tant qu'elles durent.

« Il faut tenir compte de certains états de droit susceptibles de se prolonger longtemps. Quelques-uns même, comme la propriété, la noblesse, l'esclavage, dépassent de beaucoup la durée de la vie humaine et se transmettent héréditairement. Ces situations sont naturellement exposées aux changements législatifs qui sont fréquents : *en principe elles en subissent l'effet*. L'étendue, la nature, le mode d'exercice de nos droits et de nos charges, peuvent à tout moment être modifiés par une loi nouvelle. C'est dans de rares hypothèses et pour des raisons particulières qui seront indiquées plus loin, qu'ils continuent à être régis par une loi abrogée. La doctrine des « droits acquis » est donc ici tout à fait en défaut, puisque la loi nouvelle va, en règle générale, gouverner les effets futurs de droit et de situation acquis ou acquises sous la loi précédente.

« N^o 256. — JUSTIFICATION. — Lorsqu'un état de droit ancien se trouve modifié par la loi nouvelle, est-ce un cas de rétroactivité ? On le croit et on le répète sans cesse dans l'opinion commune, mais c'est une erreur. Une loi nouvelle peut modifier un état de droit résultant de faits antérieurs; si elle le régit *pour l'avenir seulement*, et à compter de sa promulgation, il n'y a dans son application aucun effet rétroactif. Le

temps auquel on l'applique ainsi est son domaine propre ; elle le gouverne tout naturellement par le seul effet de sa mise en vigueur. On a donc pu dire avec beaucoup de raison, et contrairement à l'opinion traditionnelle, que les lois qui ont aboli les droits féodaux, rendu rachetables les anciennes rentes foncières, supprimé l'esclavage des noirs, n'étaient pas des lois rétroactives (Vareilles-Sommières, *Rev. crit.* 1893, p. 464, n° 46). En effet, le législateur ne nous garantit nullement l'exercice indéfini dans l'avenir de nos droits actuels ; ces droits n'existent et ne durent qu'autant que la loi qui les régit et qui les permet ; ils doivent subir l'effet de tout changement de législation. Quand la loi a aboli l'esclavage ou la féodalité, l'affranchissement de l'homme ou de la terre n'a été prononcé que pour l'avenir, à compter de la promulgation de la loi nouvelle ; ces lois ont mis fin à un état juridique créé antérieurement et susceptible de se prolonger indéfiniment ; elles ont réglé ce qui était l'avenir au moment de leur apparition et ceci est tout autre chose que la rétroactivité. »

Et Planiol fait remarquer en note que ce point de vue était celui de Portalis dont j'ai déjà cité les paroles : « Détruire une institution qui existe, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive, etc. » (Fenet VI, p. 265) (1).

Donc en principe, Planiol donne une idée très juste de la rétroactivité, puisque pour lui le caractère essentiel d'une loi rétroactive, c'est de revenir sur le passé. Malheureusement il subit l'influence de la tradition et n'échappe pas complètement aux confusions dans lesquelles sont tombés tous les auteurs, et s'il

(1) Ci-dessus, p. 95.

les évite très heureusement dans les cas où la loi modifie ou supprime les effets d'un droit déjà réalisés, il y retombe inconsciemment dans les cas où la loi apprécie les conditions de légalité d'un acte.

C'est ainsi qu'après avoir posé en principe que les actes juridiques et les actes matériels doivent être régis *exclusivement par la loi en vigueur au moment de leur accomplissement*, ce qui commanderait la survie de cette loi relativement à l'appréciation de la validité de ces actes, il confond ce principe avec celui de la non-rétroactivité, en déclarant que si une loi postérieure devenait ensuite applicable à un acte, il y aurait rétroactivité, même si cette loi ne s'occupait que de la validité à venir de l'acte, par exemple, déclarait que l'acte considéré jusqu'ici comme valable ne le sera plus désormais qu'à charge d'accomplir une formalité complémentaire. Or, il est bien certain qu'en ce cas il n'y a pas rétroactivité, parce que la loi ne revient pas sur le passé : elle n'enlève à l'acte aucun des effets qu'il a produits, mais soumet son efficacité à venir à des formalités nouvelles.

C'est ainsi que Planiol donne cet exemple : « Ainsi la transcription a été établie comme une formalité nécessaire pour l'acquisition d'un immeuble par la loi du 23 mars 1855. Elle n'est devenue une condition de validité que pour les ventes postérieures au premier janvier 1856, jour de la mise en vigueur de la loi ; les achats antérieurs en sont restés dispensés (L. 23 mars 55, art. 11) ; ils sont valables bien que non transcrits : la loi n'a pas été rétroactive. »

Planiol ne voit pas que les achats antérieurs eussent pu n'être pas maintenus sans que la loi eût été rétroactive. Il eût fallu pour qu'elle fût rétroactive, qu'elle

décidât par exemple que les achats antérieurs, s'ils n'étaient pas transcrits dans un certain délai, seraient réputés inexistants, c'est-à-dire nuls *ab initio*. Au contraire, si elle avait décidé qu'ils ne seraient nuls qu'à partir de l'expiration du délai de transcription, elle n'eût pas été rétroactive. En effet, c'eût été reconnaître la validité des actes antérieurs et non les méconnaître : et la nouvelle loi aurait pu, par exemple, décider que ceux qui ne feraient pas transcrire avant le 1^{er} janvier 1856, l'acte d'achat d'un immeuble ne remontant pas à plus de 30 ans, verraient cet immeuble confisqué par l'Etat moyennant si l'on veut indemnité, par exemple, des $\frac{4}{5}$ du prix de la revente de cet immeuble. Or, si la loi qui annule un acte de vente antérieur est rétroactive, il doit en résulter que le bien vendu revient à l'ancien propriétaire ; et l'on voit par l'exemple ci-dessus que ceci n'est vrai que si la loi qui annule l'acte de vente l'annule *ab initio*, le déclare non avenu, ce qui n'est pas nécessairement obligatoire, et par conséquent une telle loi n'est pas toujours rétroactive. On voit ainsi nettement l'erreur où retombe Planiol, sous l'influence de la tradition, erreur qu'il aurait évitée s'il s'en était nettement tenu à sa définition, à savoir qu'une loi n'est rétroactive que « quand elle revient sur le passé, soit pour apprécier les conditions de légalité d'un acte, etc. » Or, une loi qui dit qu'un acte jusque-là valable sera désormais nul, mais sans cesser d'avoir été valable jusque-là, une telle loi apprécie bien les conditions de légalité d'un acte, mais ne revient pas sur le passé. Elle manque donc de l'élément essentiel de la rétroactivité.

Je relève en terminant une contradiction que commet Planiol. En effet, il dit au n^o 240 « qu'il n'y aurait

aucune sécurité pour les particuliers, si leurs droits... pouvaient à chaque instant être remis en question... par un changement de volonté du législateur » pour expliquer la raison d'être de l'art. 2 C. civ. : ce qui montre qu'à son avis, ce texte lie le législateur; et au n° 254 il dit, au contraire : « Actuellement le principe de non-rétroactivité ne lie plus le législateur. » Il est à remarquer que les confusions et les contradictions sont fréquentes chez les auteurs quand ils étudient la rétroactivité.

Cette étude des principaux auteurs qui se sont occupés d'une manière originale de la question, montre bien que la doctrine reconnaît peu à peu que l'on a fait rentrer dans le principe de la non-rétroactivité une série de règles d'interprétation des lois qui lui sont complètement étrangères.

Je ferai voir dans la deuxième partie qu'il suffit pour arriver à la vérité sur la matière, de faire nettement l'analyse des diverses règles confusément étudiées sous le nom de théorie de la non-rétroactivité des lois : on arrive ainsi avec simplicité à rendre compte de l'article 2.

Quant à la distinction entre les droits acquis et les simples expectatives, et aux distinctions analogues, je montrerai qu'elles gardent tout leur intérêt, comme servant de base à l'une des règles d'interprétation que l'on fait rentrer pêle-mêle avec d'autres dans le principe de non-rétroactivité et que j'en isolerai. Cette règle ne rentrant pas dans le principe de non-rétroactivité n'est plus commandée par l'art. 2. C'est donc le juge qui

apprécie s'il doit ou non l'appliquer. Et cette constatation m'amènera à remarquer qu'il en est d'ailleurs déjà ainsi en pratique, bien qu'on prétende que cette règle lie le juge. Je montrerai d'ailleurs qu'il n'y a aucun danger à reconnaître franchement ici l'arbitraire du juge. Mais je veux faire remarquer dès maintenant que la faillite complète de tous les systèmes qui ont voulu ériger cette règle en règle de droit, fait présumer déjà qu'il n'y a là qu'une règle de raison basée sur des considérations diverses, mais dont on ne peut faire un précepte absolu. En tous cas il est bien invraisemblable que les rédacteurs du Code civil aient songé à condenser dans le bref art. 2, les règles que les auteurs prétendent y trouver et qu'ils ne peuvent démêler qu'au prix de longues et pénibles dissertations et en admettant de si nombreuses exceptions qu'ils en arrivent à ne plus savoir de quel côté est le principe, de quel côté les exceptions.

DEUXIÈME PARTIE

INTERPRÉTATION LOGIQUE DE L'ARTICLE 2

DU CODE CIVIL

Preliminaires.

Nous venons de voir de quelle manière on a cherché à établir le principe de la non-rétroactivité des lois. Je vais dans la deuxième partie de cette étude rechercher si ce principe ainsi compris est nécessaire. Les auteurs ne discutent même pas cette question. Le principe de la non-rétroactivité est pour eux absolument indispensable. Il est la raison même. Le discuter c'est nier la raison. Nous verrons ce qu'il faut penser de ces affirmations. J'aurai alors à me demander si un tel principe peut exister. Ce sera l'objet du chapitre II.

Mais avant il me faut poser nettement la question, montrer quelle est la sphère d'application que l'on reconnaît à l'art. 2 C. civ., et voir à quoi se réduit le système qui s'en dégage. Ce sera l'objet du chapitre I.

CHAPITRE I

SYSTÈME ACTUEL RÉSULTANT DE L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2 DU CODE CIVIL (1)

Preliminaires.

Les auteurs qui ont cherché à établir le principe de la non-rétroactivité des lois, se heurtent à chaque pas à des lois qui échappent certainement aux règles résultant de leur principe.

Ces dérogations sont tellement significatives, qu'elles ne laissent pas subsister grand'chose de ce principe. Si bien que Aubry et Rau ont pu retourner la question, décider qu'en principe la loi a effet rétroactif, et que l'art. 2 constitue un système d'exception. Mais tous les auteurs n'ont pas fait si généreusement l'abandon de leur principe.

Et ils ont cherché à expliquer ces dérogations de telle manière qu'elles n'infirmant en rien l'existence de leur principe.

Je vais étudier ces diverses dérogations et la manière dont on a cherché à les concilier avec le prétendu principe de non-rétroactivité, dans la section I.

(1) Cfr. Révérand, p. 29 à 145, où l'on trouvera un exposé restreint de la doctrine et l'indication de nombreux arrêts de jurisprudence, ce qui me permettra d'être sobre de décisions jurisprudentielles.

SECTION I

Je distinguerai les lois que l'on reconnaît se reporter au passé, en ce sens qu'on les applique avec fiction de préexistence, contrairement au premier aspect du principe de non-rétroactivité tel que le posent en général les auteurs, d'une part; et, d'autre part, les lois que l'on reconnaît s'appliquer à l'avenir sans être écartées dans tous les cas où le voudrait le principe de non-rétroactivité sous son second aspect, d'où deux paragraphes.

§ I

Il y a d'abord des lois que l'on applique à des situations antérieures en appréciant les conditions de légalité d'un acte, en modifiant ou même supprimant *ab initio* les effets d'un droit déjà réalisés, quelque forte et légitime qu'ait pu être la confiance sur l'immuabilité de ces effets. On revient sur des situations passées, acquises, et on les modifie dans ce qu'elles ont de contraire à la loi pourtant postérieure, et cela de telle sorte qu'elles soient ramenées à être ce qu'elles auraient été si ladite loi les avait précédées.

Evidemment on ne pourra pas toujours ramener après coup ces situations à ce qu'elles auraient été si la loi postérieure, qui n'est que fictivement censée les avoir précédées, leur avait été effectivement antérieure.

What's done is done. Et les modifications matérielles

seront souvent irréparables (1). Mais enfin juridiquement on appliquera la fiction de préexistence de la loi, et cela d'une manière plus rigoureuse que si l'on respectait la disposition de l'art. 2, quelle que soit d'ailleurs l'interprétation qu'on en donne.

Le principe de non-rétroactivité est-il donc en défaut? Certains auteurs l'admettent et reconnaissent à ces lois un caractère exceptionnel. Mais d'autres prétendent qu'elles ne diminuent en rien la portée

(1) Pour Proud'hon (I, p. 20), aucune loi ne peut reporter son action à un temps antérieur à sa date : « ce serait évidemment la supposer obligatoire avant qu'elle n'eût été connue et, ce qui n'est pas moins absurde, ce serait supposer un effet préexistant à sa cause ». Valette, en note, s'étonne de cette conclusion, car pour lui les lois les plus rétroactives ne disposent pourtant que pour l'avenir et par conséquent il n'en résulte nullement que *certaines effets légaux puissent être préexistants à leur cause*. « En effet, dit-il, il est de toute évidence qu'une loi, quelle qu'elle soit, ne régira jamais que l'avenir, et que les faits accomplis sont hors de la puissance non seulement de l'homme mais de Dieu même :

Non ideo tamen
Diffinget, infectumque reddet
Quod fugiens semel hora vexit.
(HOR.).

Il faut se défier de ces formules métaphysiques qui, au fond, n'expliquent rien en droit. »

Ces deux auteurs partent d'une fausse conception de ce que doit être l'action de la loi sur le passé. Evidemment on n'a jamais songé à faire une loi qui ait la puissance de faire revivre ce qui est mort, de faire que ce qui est fait n'ait pas été fait : cela il n'y a pas besoin de le dire.

Mais pourtant il y a des lois qui ont pour l'avenir des effets tels que l'on ne peut les comprendre qu'en supposant que ce qui est fait n'a pas été fait, qu'en ne tenant pas compte de ce qui a été fait. La situation est autant que possible ce qu'elle serait si ce qui est fait n'avait pas été fait. On ne fait pas revivre ce qui est mort, c'est vrai, mais on fait comme s'il n'était pas mort. L'effet n'a donc pas réellement préexisté à sa cause, mais pourtant et c'est là la fiction, tout se passe comme s'il lui avait préexisté. C'est le premier aspect de la rétroactivité, aspect qui suppose une préexistence fictive de la loi. C'est ainsi que pour Planiol qui n'admet la rétroactivité que sous ce premier aspect, les lois abolitives des droits féodaux ne sont pas rétroactives, parce qu'elles s'expliquent sans qu'il soit nécessaire de leur supposer aucune préexistence.

Blondeau aussi comprend mal la façon dont on peut dire que la loi étend son empire au passé. (Thémis, t. VII, p. 347, n. 2).

générale de l'art. 2, et qu'elles sont exorbitantes de la théorie générale.

Voyons ce qu'il faut penser de ces explications.

Alinéa 1. — La première catégorie de lois que l'on applique avec fiction de préexistence comprend les lois interprétatives.

Il y avait dans le projet de l'art. 2 une disposition formelle : « Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions décisives arbitrales et autres passées en force de chose jugée. » (1).

Blondeau explique qu'en principe la loi interprétative peut se reporter au passé sans rétroagir, parce que la loi ancienne n'a pu, dans le sens contraire à l'interprétation, faire naître qu'une attente bien légère ; d'ailleurs, dit-il, « toute loi obscure donne naissance à des attentes contradictoires ; or, de deux attentes dont il faut bien que l'une soit détruite, on ne doit point balancer à préférer celle que le législateur déclare avoir été conforme à son intention. Cependant si l'attente formée par un individu contre l'esprit de la loi, avant que cet esprit ne fût manifesté par une loi interprétative, a été consacrée par un jugement passé en force de chose jugée ou par une transaction, il ne s'agit plus alors d'une attente légère et contradictoire ; les espérances consacrées par ces actes ont toute la force des attentes ordinaires, et une loi interprétative

(1) Cette proposition n'a pas été conservée comme évidente (Locré, *Législ.* I, p. 380, art. 2, p. 391, n° 16). Le tribunal d'Agen est le seul qui, consulté sur le projet du Code civil, ait prétendu que les lois simplement interprétatives ne devaient point avoir d'effet rétroactif. (Dalloz, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*. V^o Lois, p^o 188).

ne peut les détruire. On a excepté cependant de cette règle, et avec assez de raison, le cas où c'est au profit du fisc que les jugements ont été prononcés ; on peut, en effet, sans altérer la confiance que les lois doivent inspirer, soumettre le fisc à des restitutions ». Donc pour cet auteur la loi interprétative est soumise à la règle générale ; si elle se reporte au passé, c'est qu'elle ne se heurte qu'à des attentes légères.

La plupart des auteurs admettent aussi que la loi interprétative se reporte à la loi interprétée sans rétroagir, car, disent-ils, ce n'est pas la loi interprétative qui s'applique, c'est la loi interprétée dont la loi interprétative ne fait que régler l'application (1). Il me semble difficile de dire que la loi interprétative ne s'applique pas ; pour moi elle s'applique bien et même rétroactivement, en réglant il est vrai l'application de la loi interprétée, mais c'est précisément là son but. D'ailleurs les auteurs sont bien embarrassés lorsque la loi interprétative contient en même temps des dispositions nouvelles ; et c'est ce qui arrive le plus souvent, le législateur donnant en général à la loi la forme interprétative lorsqu'il a en vue des situations postérieures à la loi interprétée et que celle-ci n'avait pas prévues.

En réalité la loi interprétative a effet rétroactif en vertu de la volonté du législateur qui peut faire des lois rétroactives : seulement sa volonté n'est pas expresse, mais résulte implicitement de ce qu'il a fait la loi en interprétation d'une loi précédente. Il veut

(1) Marcadé (t. I, p. 13), explique que la loi dite interprétative a bien effet rétroactif, mais cela n'est point pour lui une exception à l'art. 2 C. Civ., car en réalité ce qu'on appelle loi interprétative n'est pas une loi. On trouvera dans cet auteur une théorie originale de l'interprétation législative des lois,

alors que l'effet de la loi nouvelle se reporte dans le passé jusqu'à la loi interprétée.

Et cette solution s'impose, car on ne peut admettre que la loi interprétative soit rétroactive dans celles de ses dispositions qui sont bien en effet interprétatives et ne le soit pas dans les autres. Ce serait d'ailleurs augmenter le pouvoir d'appréciation des tribunaux que l'on prétend restreindre. Enfin le projet de l'art. 2 ne distinguait pas entre les diverses dispositions de la loi interprétative, et présentait bien ces lois comme des exceptions au principe de la non-rétroactivité, car après avoir posé ce principe, il ajoutait : « *Néanmoins les lois interprétatives...* » — Il est vrai que cet argument perd de sa force si on se reporte aux travaux préparatoires où l'on voit que les rédacteurs du Code civil expliquaient la rétroactivité des lois interprétatives par l'idée que c'est plutôt la loi interprétée qui s'applique ; ce qui donne argument dans une certaine mesure à ceux qui prétendent que les lois interprétatives ne rétroagissent pas ou « ne rétroagissent qu'à peine. » Quoi qu'il en soit, presque tous les auteurs admettent que les lois interprétatives se reportent au passé (1). De même la jurisprudence le déclare formellement (2). Mais les auteurs expliquent en général qu'en cela il n'y a nulle rétroactivité (3).

(1) *Contra* Duvergier, Coll. lois, tomes de 1828, p. 244, note 4 ; de 1837, page 83. — Dans le même sens, opinion du tribunal d'Agen dans la consultation sur le projet de C. civ., comme je l'ai indiqué dans une précédente note. (Ci-dessus, p. 121, n. 1).

(2) Nombreux arrêts en ce sens dans les recueils de jurisprudence (V. Dalloz, *Répert. de législation, de doctrine et de jurisprudence*, V^o lois, n^o 188). V. notamment Cassation, 29 août 1865. S. 65. 1. 433, et la note de Moreau. Pour la jurisprudence récente, voir notamment un arrêt de la Cour de Grenoble du 31 octobre 1899 ; *Gaz. Trib.* du 31 octobre 99 ; S. 1900. 2. 96 ; D. 1900. 2. 350.

(3) Toullier, I. N^o 81 ; Marcadé, I. p. 38 ; Demolombe, I. N^o 66 et 121 ; Laurent, I. N^o 148 ; Thiry, I. p. 37-38 ; Baudry-Lacantinerie, I. N^o 65 ; Aubry et Rau, I. p. 102 et en note : « La loi interprétative s'incorpore avec la loi interprétée,.... sans qu'il y ait pour cela rétroactivité. »

D'abord certains auteurs admettent que la loi interprétative a effet rétroactif en ce qu'elle se reporte directement à la loi interprétée pour avoir effet du jour de cette loi ; seulement elle n'a pas plus d'effet que si elle avait été réellement rendue au même jour que cette loi, et par conséquent elle respectera les droits acquis et ne se reportera à la loi interprétée que relativement aux expectatives. Ce qui différencie la loi interprétative des autres lois, c'est donc qu'elle se reporte au passé relativement aux expectatives, tandis que les autres lois ne s'y reportent pas du tout. Elle a donc le premier effet rétroactif des auteurs, qui résulte de la violation de droits acquis, et qui pour moi, comme je le montrerai, n'est pas un effet rétroactif. Je trouve cette opinion dans de Malleville (*Analyse*, t. I, p. 9), Merlin (*Quest. de dr.*, Chose jugée, § 8 et passim) et Dalloz (*Jurisprudence générale*. V^o Loi, p. 836). Pour ces auteurs la loi interprétative régit *directement* tous les faits antérieurs jusqu'à la loi interprétée ; sauf néanmoins ceux qui se trouveraient réglés par transaction, sentence passée en force de chose jugée, etc , et d'où résulteraient des droits acquis.

Mais Mailher de Chassat va plus loin. En aucun cas, dit-il, la loi interprétative ne s'applique au passé. C'est toujours la loi ancienne qui est censée avoir été violée.

Justinien disait déjà que les dispositions interprétatives ajoutées aux lois précédentes doivent avoir leur effet comme si elles appartenait aux lois interprétées : « Cum omnibus manifestum sit oportere ea quae adjecta sunt per interpretationem, in illis valere in quibus interpretatis legibus sit locus. » (Nov. XII). Et Gail (*Observationes practic.* lib. 2, observ. 9, n^o 6) :

« Constitutio, quando juris antiqui declaratoria est, concernit etiam praeterita ; et est ratio quod is qui declarat nihil novi dat. » Voët (*Comment. ad Pandect. de Legib.*, n° 17), dit à son tour : « Ad praeteritam legem trahendam, quoties non tam novi quid lege nova injungitur, quam potius dubiae legis anterioris interpretatio fit. » Enfin Franzke (*Comment. ad Pandect.*, in ppio) définit ainsi la loi interprétative : « Clarior voluntatis legislatoriae expressio et in legem intellectu ambiguum explicationis sententiae illatio. » Cet auteur ajoute même qu'il n'importe que la loi interprétative change, ajoute ou retranche quelque chose à la loi interprétée à cause du but que le législateur s'est proposé : (1) « Et quandoque non nudam continet declarationem sensus prioris legis, sed insuper aliquid mutat, nunc addendo, nunc minuendo ; et tamen nihilominus vera est et manet interpretatio *ratione finis*, quem legislator hujusmodi declaratione seu interpretatione intendit. »

En définitive nous arrivons donc à la même solution. Seulement pour ces auteurs la loi interprétative n'a aucun effet par elle-même, tandis que pour moi elle a un effet rétroactif.

La jurisprudence ancienne semble bien partager la théorie que c'est toujours la loi ancienne qui est censée violée. Voyez par exemple un arrêt de Cassation du 2 thermidor an IV rapporté par Merlin (*Répert. V° Divorce*, sect. 4, § 10, p. 777) : « Attendu que la loi du 24 brumaire an VII a fait cesser tous les doutes qui avaient pu se former sur l'époque à laquelle les lois

(1) C'est la solution qu'on adopte aujourd'hui où l'on admet que le législateur en déclarant une loi interprétative veut que *toutes* ses dispositions aient effet depuis la loi interprétée.

envoyées dans les départements réunis, et qui n'y avaient pas été publiées dans l'ancienne forme, étaient devenues obligatoires ; et qu'ainsi le tribunal civil de la Meuse-Inférieure *a violé les art. 11 et 12 de la loi du 12 vendémiaire an IV interprétés par la loi du 24 brumaire an VII, etc.* » — De même le 22 vendémiaire an IX (ibid) : « Vu les articles 1 et 8 de la loi du 28 août 1792, et le décret du 6 germinal an II, rendu en interprétation de ladite loi ; attendu qu'il y a violation formelle de cette loi et du décret du 6 germinal an II, etc. Casse. » De même enfin le 22 mars 1806 (affaire Mac-Mahon, ibid, p. 803).

Dans tous ces cas la Cour de cassation a toujours soin d'unir dans le dispositif de son arrêt la loi interprétée à celle qui l'interprétait ; elle a toujours vu en principe la violation de la loi interprétée. « Et, dit Mailher de Chassat, elle a consacré en même temps la violation de la loi interprétative, parce qu'en bonne législation le vrai sens de la loi co-existant avec elle, bien qu'il ne soit mis au jour que par une loi postérieure, si la loi interprétée est violée, la loi interprétative l'est nécessairement avec elle. »

Et la Cour de Cassation, pour éviter à tout prix de donner effet rétroactif à la loi interprétative, décide même le 4 mars 1807 (S. t. XVII, 1, 214, affaire Saunier) que « la Cour d'Aix a violé les lois romaines et les art. 1603 et 1653 du C. civ., qui n'ont fait que renouveler les dispositions desdites lois, et en fixer le véritable sens et la juste application. »

Il est vrai que la loi du 27 novembre 1790 et l'art. 256 de la Constitution de l'an III disposent que « la Cour de Cassation est tenue de se conformer aux lois qui seront rendues en forme d'interprétation par le

Corps législatif, dans tous les cas où, après une cassation, le second jugement sur le fond sera attaqué par les mêmes moyens que le premier. » Et il semble que le législateur reconnaît ici l'effet rétroactif de la loi interprétative. Mais Mailher de Chassat répond que le but de cette disposition « c'est de reconnaître qu'à l'occasion d'une loi dont le sens douteux a amené une divergence parmi les corps judiciaires, il en est un que le législateur consacre comme le sens réel et primitif de la loi interprétée, comme le seul qu'elle soit censée avoir toujours eu depuis son origine, et auquel doivent se rallier désormais tous les avis ; et comme, sous peine d'absurdité il n'est pas permis de supposer l'existence d'une loi dépourvue de sens, jusqu'à l'émission de la loi interprétative, il faut bien admettre que celui qui résulte de la loi interprétative est le seul sens obligatoire de la loi interprétée ; dès lors la Cour de Cassation est tenue de suivre ce dernier sens. »

Et la Cour de Cassation se range à cette manière de voir dans un arrêt du 19 octobre 1808 (S. t. IX, I, p. 47).

Cependant Bacon (aph. 5) semble bien admettre la rétroactivité : « Toute loi déclarative, par là même qu'elle est déclarative se réfère nécessairement au passé, bien que cela ne résulte pas de ses termes ; en effet l'interprétation ne commence pas au moment même où elle est donnée ; elle commence avec la loi elle-même qu'elle interprète et dont elle est la contemporaine » Et aussitôt, comme effrayé de l'effet rétroactif qu'il vient d'admettre, Bacon se hâte d'ajouter : « Le législateur ne doit donc rendre de lois déclaratives que dans le cas où ces lois peuvent, sans injustice, se reporter vers le passé. — *Itaque leges declaratorias*

ne ordinato, nisi in casibus ubi leges cum justitia re-retrospicere possint. » (1).

Quoi qu'il en soit de ces diverses manières de comprendre l'extension au passé des lois interprétatives, cette extension n'en est pas moins certaine : pour les auteurs anciens elle s'explique sans rétroactivité, pour moi au contraire il y a là une dérogation au principe de non-rétroactivité, en vertu de l'indépendance du législateur. Il y a eu au contraire des auteurs qui n'ont pas admis que la loi interprétative se reporte à la loi interprétée dans les dispositions manifestement contraires à celles de cette loi. Et c'est la conséquence de l'ancienne manière de voir. Si en effet on veut expliquer l'action en arrière, le « janus in lege » comme dit Bacon, de la loi interprétative sans admettre pour cela qu'elle ait effet rétroactif, mais en disant qu'elle est censée ne faire qu'un avec la loi interprétée, l'explication est en défaut quand la loi interprétative a une disposition claire inconciliable avec une disposition non moins claire de la loi interprétée. Et dans ce cas, il faut bien admettre la théorie que j'adopte d'après laquelle le législateur, quand il déclare la loi interprétative, entend que toutes ses dispositions remontent à la loi interprétée (2).

Et cependant certains auteurs anciens ont violemment protesté contre cet effet rétroactif tacite que l'on accorde à la loi interprétative. « C'est un procédé qui blesse la raison, dit Mailher de Chassat, autant que la dignité de la loi, un subterfuge indigne du législateur

(1) On retrouve souvent cette préoccupation chez les auteurs qui ont écrit sur la matière. Ce qui fait déjà pressentir ce que je démontrerai au chapitre suivant, que l'art. 2 C. civ. a été inspiré par la crainte de voir un pouvoir tyran se livrer à des excès législatifs.

(2) C'est en somme un cas déguisé de rétroactivité expresse.

qui doit aux autres hommes les exemples les plus incontestables de la droiture et de la bonne foi. »

La Cour de Cassation a plusieurs fois écarté la loi interprétative, quand elle s'est trouvée en présence de situations définitivement réglées par voie de jugement, transaction ou autrement, et constituant un droit acquis sous l'empire de la loi interprétée. C'est le principe du projet de l'art. 2 C. civ. et de la Nouvelle XIX. (Arrêts des 13 brumaire an IV et 18 thermidor an IV. V. Dalloz, *Jurisprudence générale*, V^o Loi, p. 836; Merlin, *Question de droit*, V^o Chose jugée, § 8; Domaine public, § 5; Instruction hypothécaire, § 2; Propriété littéraire, § 2; — et *Répertoire*, V^o Divorce, sect. 4, § 10.)

Dans la doctrine classique en effet, les lois interprétatives n'échappent par cela même qu'au premier aspect du principe de non-rétroactivité (1).

Enfin, une dernière question sur cette matière est celle de savoir si la loi interprétative s'applique rétroactivement relativement aux cas nouveaux qu'elle embrasse et qui avaient été omis par la loi interprétée.

Pour moi, le législateur est censé avoir voulu faire

(1) On peut se demander (et la question était d'actualité il y a quelques mois, pendant la discussion de la loi du 13 avril 1908, interprétative de la loi de 1905 sur la dévolution des biens d'Eglise) quelle base servira d'appui aux contestations ou aux jugements rendus sous l'empire d'une loi dont le sens est si obscur ou si contraire au vœu présumé du législateur qu'une loi interprétative est devenue indispensable pour le préciser exactement. On peut même supposer (comme c'était le cas à ce moment) que la loi interprétative est en cours de discussion et sur le point d'aboutir.

Je pense que dans ces conditions les tribunaux devraient surseoir à statuer : solution peut-être peu élégante, mais en tout cas seule logique, car sûrement les jugements contraires à la loi interprétative ne sauraient prévaloir contre elle. Il y a toute une jurisprudence en faveur de ce système.

V. à ce sujet Mailher de Chassat, *De la rétroactivité des lois*, I, p. 132, 133, et Lassalle, *Droits acquis*, I, p. 466.

une loi rétroactive en toutes ses dispositions, par là même qu'il déclare que sa loi est interprétative.

C'est déjà l'opinion de Bacon (aph. 48), qui ne perd pas l'occasion de donner un conseil moral au législateur, en lui recommandant une grande circonspection, car sa loi va être rétroactive. C'est la préoccupation des auteurs qui ont écrit sur la matière, préoccupation que j'ai déjà relevée, de vouloir restreindre l'effet rétroactif des lois, par crainte que le législateur en abuse. Nous verrons au chapitre suivant ce qu'il faut penser de cette crainte. Voici les paroles de Bacon : « Est et aliud genus supplementi casuum omissorum, cum lex legem supervenit, atque simul casus omissos trahit, id fit in legibus, sive statutis, quae retrospectivae et vulgo loquuntur. Cujus generis leges, raro, et magna cum cautione adhibendae : neque enim placet janus in legibus. »

Quant aux auteurs qui n'admettent pas la rétroactivité des lois interprétatives, et qui disent qu'elles s'appliquent en arrière parce que c'est la loi interprétée qui est censée violée, ils font une distinction.

Les cas qui s'appuient sur l'équité, la bonne foi, le droit naturel ou même des considérations d'ordre public sont virtuellement compris dans la loi interprétée, même s'ils n'y sont pas expressément mentionnés. Et alors la loi interprétative se reportera au passé sans rétroagir, pour des raisons analogues à celles que j'exposerai à l'alinéa suivant, à savoir qu'elle ne fera que proclamer l'existence dans la loi interprétée de cas que la morale, la bonne foi ou l'état social ne permettent jamais de bannir de la législation : en l'absence de dispositions expresses de la loi, on ne saurait en effet concevoir de droit acquis à personne,

contre les principes du droit naturel, ou les éléments incontestables de l'ordre et du bonheur social.

Mais s'il s'agit de cas nouveaux ne remplissant pas ces conditions, on ne saurait les considérer comme virtuellement contenus dans la loi interprétée. Dès lors, la loi interprétative ne saurait s'appliquer depuis la loi interprétée, quant à ces cas, qu'avec effet rétroactif. Et cet effet, disent les auteurs dont j'expose la théorie, ne saurait résulter que d'une disposition expresse. La loi interprétative ne remplit plus, aux yeux de la raison, la mission d'interpréter une loi qui n'a dû jamais renfermer le sens qu'elle lui prête : la bonne foi se révoltera toujours contre un pareil procédé (1).

Je montrerai au chapitre suivant ce que la bonne foi a à voir ici.

On assimile les lois rectificatives aux lois interprétatives (2).

Alinéa II. — Une seconde catégorie de lois que l'on déclare applicables au passé même sans disposition expresse et à moins de disposition contraire comprend les lois basées sur la morale, le droit naturel...

On admet malgré l'art. 2 C. civ. que ces lois se reportent au passé, car il est de l'essence d'une bonne législation d'admettre comme base antérieure à toutes les lois, et comme renfermés dans leurs dispositions, les

(1) M. Flürer, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon (Cours de Dr. civ. professé à cette Faculté) fait remarquer que c'est une question de mots, car il est impossible de déterminer dans quelle mesure une loi dite interprétative par le législateur est en effet simplement interprétative, ou au contraire contient des dispositions nouvelles : ce qui est certain, c'est que le législateur a jugé indispensable qu'elle se reporte en arrière jusqu'à la loi dont elle déclare présenter l'interprétation.

(2) Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 2, n° 23.

principes généraux sans lesquels elles perdraient elles-mêmes virtuellement toute autorité, leur caractère réel de force et de durée. C'est donc une extension au passé, une sorte de préexistence de la loi à elle-même, quelque chose d'analogue à ce que nous avons vu pour les lois interprétatives ; c'était bien la pensée de Domat (*Traité des lois*, chap. 12, n° 2) : « Quoique les lois arbitraires n'aient leur effet que pour l'avenir si ce qu'elles ordonnent se trouve conforme au droit naturel, ou à quelque loi arbitraire qui soit en usage, elles ont à l'égard du passé, l'effet que peuvent leur donner leur conformité et leur rapport au droit naturel et aux anciennes règles ; et elles servent aussi à les interpréter, de même que les anciennes règles servent à l'interprétation de celles qui sont nouvellement établies. »

Et au livre préliminaire, tit. 1^{er}, sect. 1^{re}, n° 14 : « Les lois doivent servir de règle au passé quand elles ne font que rétablir une loi ancienne ou une règle de l'équité naturelle dont quelque abus avait altéré l'usage, ou quand elles résolvent des questions pour lesquelles il n'y avait aucune loi, ni aucune coutume. »

C'est ainsi que la Cour de Cassation a statué le 15 mai 1815. La mère tutrice en vendant l'immeuble de son fils, s'était portée fort d'obtenir la ratification de celui-ci à sa majorité ; la vente avait eu lieu en l'absence de toute formalité de justice le 23 messidor an XI. Le mineur devenant majeur refusa de ratifier et fit annuler la vente. L'acquéreur réclama des dommages et intérêts, mais ils lui furent refusés par arrêt du 1^{er} juillet 1813 conformément à la loi en vigueur au moment de la vente. La Cour de Cassation cassa l'arrêt, pour violation de l'art. 1120, en disant que

d'après cet article, la mère tutrice avait été tenue à des dommages et intérêts au cas d'inexécution, et cela du jour de sa promesse de porte fort. Elle admit donc que la mère tutrice était tenue à dommages et intérêts du jour de sa promesse, bien que l'art. 1120 n'eût été promulgué qu'un an environ après cette promesse. L'arrêt de cassation qui casse l'arrêt de la Cour d'appel, dit en effet très nettement : « Considérant que cet arrêt..... juge, en thèse générale, que l'engagement de rapporter la ratification de son fils, personnellement contracté par la veuve Morel ne l'obligeait à rien ; en quoi il viole l'art. 1120, *article conforme aux principes qui ont existé de tout temps, et dont on ne peut par conséquent écarter l'application ; Casse, etc..* »

Mailher de Chassat (I, p. 137) prétend qu'il n'y a là nullement une application du Code civil : « Le Code civil n'a pas été proprement violé. Ce sont les principes éternels de justice et de bonne foi qu'il ne fait que rappeler et consacrer de nouveau. » Mais alors on pourrait dire qu'aucune loi n'est rétroactive quand elle n'en contredit pas une précédente ; car alors elle est évidemment censée proclamer un principe de justice et non le créer. Mais la Cour de Cassation ne peut pas casser les arrêts contraires à ce principe, tant que la loi n'est pas rendue. Et elle le peut au contraire du jour de la promulgation de la loi. Et ceci est bien un effet rétroactif de la loi nouvelle, qui est censée avoir été violée rétroactivement. Et c'est bien ce que dit expressément l'arrêt cité, qui parle de la violation de l'art. 1120 par un arrêt à la vérité postérieur à cet article, mais qui décidait que l'engagement consenti avant cet article échappait aux sanctions de cet article.

Ces lois comme les lois interprétatives font donc exception au premier effet rétroactif des auteurs : elles sont censées avoir toujours existé, de même que les lois interprétatives sont censées avoir existé du jour de la loi interprétée. Cependant lorsqu'on sera en présence d'un jugement ayant autorité de chose jugée, même contrairement au principe proclamé par la loi nouvelle, on devra le respecter. C'est un cas d'impossibilité juridique assimilé à une véritable impossibilité physique (1).

J'aurai à revenir sur cette idée au chapitre suivant.

§ II

Nous avons vu les lois qui échappent au principe de la non-rétroactivité sous son premier aspect de l'avis de tous les auteurs. Pour moi qui n'admets que cet aspect du principe de non-rétroactivité, je ferai remarquer tout de suite combien la rareté de ces exceptions est conforme aux termes absolus de l'art. 2 C. civ. D'ailleurs on peut dire que ces exceptions n'apportent pas une grande contradiction au principe : en effet, les premières (lois interprétatives) s'expliquent par une volonté tacite du législateur, les secondes (lois basées sur la morale, le droit naturel...) par l'utilité pratique de la rétroactivité permettant à la Cour de Cassation de réformer des arrêts contraires à la loi nouvelle et basés sur aucune loi (2). Nous allons

(1) On pourra voir au Supplément (*Extraits de Goeppert*, ch. IV, § 22) un Exposé de la doctrine allemande sur les lois interprétatives. — V. aussi Supp. *Extraits de Stobbe*, II.

(2) On peut d'ailleurs contester la légitimité de ces secondes exceptions.

voir au contraire dans ce paragraphe combien nombreuses sont les exceptions qu'il faut apporter à l'art. 2 si l'on admet que cet article prescrit le respect des droits acquis. On ne peut concevoir qu'un article conçu en termes aussi absolus admette des exceptions si nombreuses qu'on a pu dire à juste titre qu'elles constituent la règle, l'article créant un régime d'exception : comment en effet admettre que le législateur, voulant déterminer dans quels cas la loi, par exception, n'aura pas effet rétroactif sous le second aspect, c'est-à-dire respectera les droits acquis, se soit borné à dire : « La loi n'a point d'effet rétroactif. » Il n'est que trop clair que l'extension de l'art. 2 à la violation des droits acquis est une interprétation absolument erronée de cet article. Voyons maintenant rapidement les lois auxquelles les auteurs reconnaissent une application immédiate, absolue. A cet égard les auteurs distinguent en général deux catégories de lois.

D'abord les lois « qui suppriment certains droits d'une manière absolue ou qui en modifient les caractères ou les effets légaux ». (Aubry et Rau). Ce sont les lois qui agissent « sur les éléments généraux de l'association même, pour en améliorer incessamment toutes les conditions ». (Mailher de Chassat).

Ces lois s'appliquent immédiatement et absolument par leur nature même. J'étudierai ces lois dans un premier alinéa.

Ensuite les auteurs reconnaissent une seconde catégorie de lois qui s'appliquent immédiatement, non pas toujours à la vérité d'une manière absolue, mais suivant certaines règles spéciales peu précises, et en tout cas, sans observer le respect des droits acquis comme le commande le second aspect du principe de

non-rétroactivité, tel qu'ils prétendent le trouver dans l'art. 2 C. civ. Ces lois sont assez nombreuses et la liste n'en est pas très concordante chez les divers auteurs. J'étudierai ces lois dans un second alinéa.

Enfin je montrerai dans un troisième alinéa que les lois pénales obéissent à des règles spéciales, soit en raison de l'art. 4 C. pén., soit en raison de principes spéciaux, et que l'art. 2 C. civ. leur est encore étranger.

Alinéa I. — Les lois de cette première catégorie s'appliquent immédiatement et absolument. Tel a été le cas notamment des lois suivantes :

1^o Lois supprimant le régime féodal (4 août 1789 et 15 mars 1790) ;

2^o Lois supprimant l'ancienne noblesse et les privilèges dont elle était la cause ou le principe (4 août, 5 novembre 1789, 19 juin 1790, 27 septembre 1791) ;

3^o Lois supprimant les anciens corps judiciaires et les privilèges attachés par la loi aux fonctions de judicature ;

4^o Lois abolitives de l'esclavage ;

5^o Lois qui ont déclaré rachetables des rentes perpétuelles autrefois irrachetables, etc...

Ces lois « frappent par leur nature même les droits acquis dès avant leur promulgation », disent Aubry et Rau. Par conséquent, elles sont rétroactives, et il faut admettre que l'art. 2 ne les concerne pas, ce dont il est difficile de donner une raison ; et ces lois apportent un sérieux démenti à la façon dont les auteurs interprètent l'art. 2 C. civ.

Au contraire, les premiers interprètes du Code civil ne voulaient pas admettre que l'art. 2 comportât des

exceptions, ce qui leur semblait impossible en présence des termes absolus de cet article. Et pour eux, les lois de cette catégorie devaient bien, comme toutes les autres, respecter les droits acquis, en vertu de l'art 2 C. civ., seulement, disaient-ils, il ne saurait y avoir de droits acquis contre elles.

« La loi, dit par exemple Mailher de Chassat (I, p. 180), maîtresse sans partage de fonder les institutions générales de la société, agit simplement dans la sphère de sa puissance, lorsque, cédant à de nouvelles vues qui n'ont pour bases présumées que le bien public, elle anéantit ces institutions ou les remplace par d'autres. L'intérêt individuel peut se trouver froissé sans doute de ces mesures nouvelles, mais c'est dans l'intérêt général qu'elles ont été créées, et il est rigoureusement vrai de dire qu'elles n'ont pas rétroagi.

« Après les résolutions célèbres du 4 août 1789, l'Assemblée Constituante discuta (le 13 octobre suivant) la grande question de savoir si l'ancien clergé était propriétaire des biens qu'il possédait ou s'il les possédait comme biens nationaux. L'abbé Maury soutint que le clergé était réellement propriétaire de ces biens; l'évêque d'Autun établit, au contraire, que la nation devait être reconnue et déclarée propriétaire.

« Mais Thouret alla plus loin : il supposa que le clergé fut réellement propriétaire des biens ecclésiastiques (1), et dans cette hypothèse il établit que non seulement il n'était pas injuste, mais qu'il était même d'une exacte et saine politique que la nation put en disposer. Voici ses propres paroles :

(1) « Le développement des propres idées de Thouret va démontrer que le mot de propriétaire ne saurait être pris dans un sens absolu et conforme aux notions de droit civil. »

« — En ce moment de régénération, les personnes, les choses, tout est soumis dans l'Etat à la nation exerçant le plus grand de ses pouvoirs. Aucune institution vicieuse ne doit survivre, aucun moyen de prospérité publique ne doit échapper au mouvement général qui reconstitue les parties de l'empire. Il faut distinguer entre les personnes, les particuliers ou individus réels et les corps qui, les uns par rapport aux autres, et chacun relativement à l'Etat, forment des personnes morales et fictives. Les individus et les corps diffèrent essentiellement par la nature de leurs droits et par l'étendue de l'autorité que la loi peut exercer sur ces droits. Les individus existant indépendamment de la loi et antérieurement à elle ont des droits résultant de leur nature et de leurs facultés propres ; droits que la loi n'a pas créés, mais qu'elle a seulement reconnus, qu'elle protège et qu'elle ne peut pas plus détruire que les individus eux-mêmes.

« Tel est le droit de propriété relativement aux particuliers. Les corps, au contraire, n'existent que par la loi. Par cette raison, elle a sur tout ce qui les concerne, et jusque sur leur existence même, une autorité illimitée. Les corps n'ont aucun droit réel par leur nature, puisqu'ils n'ont pas même de nature propre ; ils ne sont qu'une fiction, une conception abstraite de la loi qui peut les faire comme il lui plaît et qui, après les avoir fait, peut les modifier à son gré. Ainsi, la loi après avoir créé les corps, peut les supprimer, et il y en a cent exemples ; ainsi, la loi a pu communiquer aux corps la jouissance de tous les effets civils, mais elle peut, et le pouvoir constituant surtout en a le droit, examiner s'il est bon qu'ils conservent cette jouissance ou du moins jusqu'à quel point il faut leur

en laisser la participation. Ainsi, la loi qui pouvait ne pas accorder aux corps la faculté de posséder des propriétés foncières, a pu, lorsqu'elle l'a trouvé nécessaire, leur défendre d'en acquérir. L'édit célèbre de 1749 en est la preuve. De même, la loi peut prononcer aujourd'hui qu'aucun corps de main-morte, soit laïque, soit ecclésiastique, ne peut rester propriétaire de fonds de terre, car l'autorité qui a pu déclarer l'incapacité d'acquérir, peut, au même titre, déclarer l'incapacité à posséder. Le droit que l'Etat a de porter cette décision sur tous les corps qu'il a admis dans son sein n'est pas douteux, puisqu'il a dans tous les temps et sous tous les rapports une puissance absolue, non seulement sur leur mode d'exister, mais encore sur leur existence. La même raison qui fait que la suppression d'un corps n'est pas un homicide fait que la révocation de la faculté accordée aux corps de posséder des fonds de terre ne sera pas une spoliation. —

« Telle est la rigueur des principes en cette matière. Leur application peut entraîner quelquefois des secousses ; elle peut même reposer sur des erreurs de temps, des apparences plus ou moins spécieuses de bien public ; toujours est-il que la loi n'a pas excédé les limites naturelles de sa puissance et qu'elle n'a porté nulle atteinte à des droits acquis.

« Ainsi appliquant les mêmes principes, il faudra dire : que la loi nouvelle qui supprimerait les majorats supprimerait *sans rétroagir* les pures expectatives qui dérivent de cette institution : par exemple, les substitutions qui ne seraient pas encore ouvertes des biens affectés au majorat.

« Que la loi qui substituerait purement et simplement à la Légion d'honneur un autre ordre entraînerait,

virtuellement, et *sans rétroagir*, dans la suppression de l'institution primitive l'aptitude accordée par la loi du 23 avril 1831 aux membres de cet ordre d'être compris sur les listes électorales aux conditions qu'elle détermine et tous les autres effets attachés à cette institution. »

Le même auteur admet aussi que les lois qui ont supprimé la féodalité, aboli l'esclavage, etc., ne sont pas rétroactives, car dans tous ces cas il ne peut être question de droits acquis. Cette opinion est bien difficile à soutenir, car alors il faut donner du droit acquis une notion bien complexe; c'est ainsi que notre auteur consacre de longs développements à définir le droit acquis (T. I, p. 157 à 162 et 185 à 198). Il est en tout cas impossible de soutenir que l'art. 2 C. civ. ait entendu reposer sur une notion aussi vague et aussi complexe. D'ailleurs les auteurs récents ont repoussé cette distinction et décident que ces lois violent bien des droits acquis, au mépris de l'art. 2 C. civ. dont on est réduit à écarter l'application, sans pouvoir en donner aucune raison, si ce n'est qu'il n'y a pas moyen de faire autrement.

Il est bien certain que ces lois ne sont pas rétroactives dans le système Vareilles-Sommières puisqu'elles n'enlèvent un droit que pour l'avenir, et cela non pas à raison d'un fait passé mais d'une manière absolue. De même pour Planiol, puisqu'elles ne disposent que pour l'avenir. D'ailleurs toutes les lois qui ne font exception au principe de non-rétroactivité que sous son second aspect ne sont pas rétroactives pour Planiol, puisqu'il n'admet pas ce second aspect du principe.

Alinéa II. — Voyons rapidement maintenant quelles sont les lois auxquelles les auteurs reconnaissent une application immédiate, non pas toujours absolue à la vérité, mais en tous cas plus rigoureuse que si l'on appliquait les règles de la rétroactivité sous son second aspect, c'est-à-dire si l'on écartait l'application de ces lois dès qu'elles violent un droit acquis.

I. — Lois constitutionnelles.

« S'il s'agit de la constitution de l'Etat, dit Duvergier (Rev. de Dr. fr., 1845, II, p. 5), de l'organisation des pouvoirs politiques, de l'attribution et de l'exercice des droits civiques, le moindre retard apporté à la réalisation des vues nouvelles peut être fatal. D'ailleurs, chaque citoyen sait que, si les lois constitutionnelles lui accordent des prérogatives, l'investissent de certaines facultés, ce n'est point directement en vue de son avantage personnel, mais bien pour l'intérêt de tous. Aucun n'a donc pu ni dû considérer comme immuable sa condition dans l'ordre politique. Tous ont pu et dû prévoir la nécessité d'un changement, et être préparés d'avance à le subir sans se plaindre. »

Tout le monde reconnaît à ces lois une application immédiate et absolue. Aussi je n'insisterai pas. On peut voir en ce sens l'arrêt de Cassation du 22 avril 1874 (D. 75. 1. 434.) Et l'on n'a pas ici cherché à dire que l'application immédiate et absolue se justifiait en ce que personne n'avait de droits acquis en cette matière. Mailher de Chassat lui-même reconnaît que

c'est avec raison que la Chambre des Députés, dans sa déclaration du 1^{er} août 1830, à la suite de ces mots : « Que la tentative de former une autre Chambre des Députés, d'après un mode nouveau et arbitraire est en contradiction formelle avec la charte constitutionnelle », a ajouté ceux-ci, « *et les droits acquis des électeurs.* »

Donc les lois constitutionnelles échappent bien au principe de non-rétroactivité en temps qu'on lui donne le sens d'une règle commandant le respect des droits acquis.

II. — Lois politiques et administratives et lois relatives à l'organisation des pouvoirs publics.

« Les lois politiques, dit Fuzier-Herman, notamment les lois qui régissent l'exercice et la jouissance des droits politiques rétroagissent (*Code civil annoté*, art. 2, n° 24.). Ainsi la loi électorale qui retire le droit de vote à une certaine classe de condamnés, s'applique même à ceux qui ont été condamnés antérieurement à cette loi. Cassation, 19 août 1850 (P. 51. 1. 124); 15 avril 1868 (S. 68. 1. 184). Douai, 6 février 1871 (S. 72. 2. 42). »

« La règle de l'art. 2 ne s'applique pas davantage aux lois... administratives. » (D. C. *annoté*, 2, n° 107.)

« Les lois qui concernent l'organisation des pouvoirs publics échappent à l'application de l'art. 2, dit Beudant (*Explication du titre préliminaire*, n° 140). »

Je n'insisterai pas davantage sur ces lois : tous les

auteurs admettent sans difficulté qu'elles s'appliquent immédiatement, soit qu'elles ne respectent pas les droits acquis, pour les uns, soit, d'après d'autres, qu'il ne puisse s'agir ici de droits acquis.

III. — Traités diplomatiques.

« Le principe de la non-rétroactivité n'est pas applicable en matière de traités politiques, opérant la séparation de territoires; ces traités peuvent avoir pour effet d'enlever ou de détruire des droits ou privilèges préexistants attachés à la qualité de régnicole. » (Douai, 25 juin 1844, S. 44. 2. 339.). C'est ainsi qu'il a été jugé que les décrets des 22 août et 26 septembre 1860, qui ont rendu exécutoires dans les départements annexés de la Savoie et de l'ancien comté de Nice, non seulement les lois civiles, commerciales et de procédure civile de la France, mais aussi les lois françaises sur les attributions des conseils de préfecture, et généralement toutes les dispositions législatives concernant la juridiction administrative ont eu pour effet de rendre le principe du droit public de la France sur la séparation des pouvoirs et sur la défense faite aux tribunaux de l'ordre judiciaire de s'immiscer dans les affaires de l'ordre administratif, immédiatement applicable dans ces départements même aux causes qui, engagées devant la justice ordinaire avant l'annexion, n'ont été jugées que postérieurement auxdits décrets (Cassation 12 août 1867, D. 67. 1. 373.).

Au contraire, en présence des droits privés, les

traités diplomatiques obéissent au droit commun, c'est-à-dire comportent le respect des droits acquis. Par exemple, il a été jugé que le régime paraphernal qui, d'après la loi sarde, constituait le droit commun applicable en l'absence du contrat de mariage, n'a pas cessé de régir les époux mariés en Savoie antérieurement à la réunion de ce pays à la France en 1860, et n'a pu être transformé, à leur égard, en une communauté de biens, par l'effet de cette réunion (Lyon, 10 décembre 1891, affaire veuve Ponnet, *Monit. judic. de Lyon du 16 février 1892*). Il y a de nombreux arrêts de la Cour de Chambéry, consacrant le principe du respect des droits privés acquis sous l'empire de la loi sarde.

IV. — Lois de police et de sûreté.

Les auteurs admettent ici qu'il ne peut s'agir de droits acquis contre l'application immédiate et absolue de la loi nouvelle (1). C'est ainsi d'ailleurs qu'un arrêt de Cassation du 9 décembre 1836 décide que les lois de police et de sûreté s'appliquent immédiatement (S. 36. 1. 905). En cette matière, dit l'arrêt, les possessions ou usages contraires aux lois de police et de sûreté ne constituent pas des droits acquis que la loi nouvelle ne puisse modifier.

Je cite cet arrêt parce qu'il est intéressant à un double point de vue. D'abord il prétend qu'il n'y a pas droit

(1) Par exemple Jousselin (*Rev. cr. de la jurispr.* 1852, II, p. 182) déclare que la théorie de la non-rétroactivité est inapplicable au pouvoir réglementaire, parce qu'il n'y a pas de « droits acquis contre l'ordre public et la police. »

acquis. Or le droit dont il s'agit en l'espèce répond aux diverses définitions données du droit acquis. Il s'agit en effet de la loi du 9 sept. 1835 qui défend d'exposer ou mettre en vente aucune gravure ou lithographie, sans l'autorisation du gouvernement. L'arrêt décide que cette loi s'appliquera même aux gravures ou lithographies qui auraient été déposées et publiées avant cette loi. Cependant le droit de vendre une gravure déposée et publiée conformément à la loi est bien un droit acquis : c'est un droit dans notre patrimoine, c'est l'exercice d'une faculté légale, c'est un droit protégé par une action... Et pourtant la Cour de Cassation n'a pas hésité à déclarer qu'il n'y avait pas ici de droit acquis. La raison nous en est fournie par l'arrêt lui-même : « Le préjudice qui peut résulter pour quelque-uns de l'exécution de ces dispositions préventives (de la loi du 9 sept. 1835) ne saurait constituer un effet rétroactif incompatible avec les principes de notre droit public, puisque autrement le législateur se trouverait dans l'impossibilité, pour l'avenir, et dans l'intérêt public, de restreindre jamais ou de modifier l'exercice d'aucun droit ou d'aucune action, et de pourvoir ainsi aux plus pressants besoins de la société. »

Il n'est que trop évident que la Cour de Cassation a appliqué la loi malgré les droits acquis non pas parce qu'il n'y avait pas droit acquis, mais parce que cette application immédiate était indispensable en fait. Ce qui nous prouve qu'en pratique ce sont les tribunaux qui décident suivant les circonstances s'il y a ou non droit acquis : et par suite ils ne sont pas plus liés (la Cour de Cassation tout au moins) par l'art. 2 que le législateur lui-même.

Il est bien certain que si l'on n'avait pas vu dans l'art. 2 la prohibition de violer pour l'avenir des droits antérieurement acquis, mais seulement la prohibition d'une fiction de suppression de ces droits dans le passé même, la Cour de Cassation n'aurait pas hésité à décider que la loi de 1835 s'appliquait immédiatement et au mépris de tout droit contraire. Si elle a décidé qu'il n'y avait pas de droit contraire, c'est simplement pour pouvoir échapper aux règles que l'on prétend contenues dans l'art. 2 C. civ. C'est dans le même but que Mailher de Chassat soutient, dans son traité sur la Rétroactivité des lois (T. II, p. 280, n° 6) qu'il ne peut y avoir de droit acquis contre l'ordre et le bien public.

Le droit acquis est alors quelque chose de complètement arbitraire. Il est clair qu'on appelle droits acquis tout simplement ceux qu'en fait la Cour de Cassation respecte dans l'application d'une loi nouvelle, et qu'on refuse ce nom à ceux qu'elle ne respecte pas : ceci pour justifier la règle que l'on prétend formulée par l'art. 2, à savoir que la loi nouvelle doit respecter les droits acquis. Mais comme la Cour de Cassation décide qu'il y a ou non droit acquis suivant qu'elle estime que la loi nouvelle doit ou non s'appliquer, il en résulte que cette règle laisse entière l'indépendance de la Cour de Cassation. J'aurai à revenir sur cette constatation dans le chapitre suivant. Mais je signale tout de suite, à l'occasion de cet arrêt, le moyen simple de la Cour de Cassation pour échapper à la prétendue règle de l'art. 2. Elle n'a qu'à décider que le droit en présence duquel elle se trouve ne saurait être un droit acquis. Et on voit par cet arrêt qu'elle refuse précisément la qualité de droit acquis aux droits qui lui

semblent devoir être soumis à l'application de la loi nouvelle, et justement par cela seul qu'ils lui semblent devoir y être soumis. Ce dont en définitive on ne peut lui faire un reproche, car elle aboutit ainsi à une solution équitable par hypothèse d'une part, et que d'autre part rien n'empêche quelqu'un de qualifier de droits acquis ceux que l'on estime devoir être respectés par une loi nouvelle en sens contraire, à l'exclusion de tous les autres droits. Et la preuve en est que la Cour de Cassation elle-même avait décidé le 17 janvier 1823 (S. chr.) que les lois du 31 mars 1820 et 25 mars 1822 qui portent précisément sur la même matière, ne sauraient empêcher l'exposition et la mise en vente des gravures antérieurement publiées sans avoir effet rétroactif. Ceci tout simplement parce que, *en fait*, dans les circonstances de ce second arrêt, l'exposition et la mise en vente des gravures n'avaient rien de choquant; tandis que dans les circonstances de l'arrêt du 9 décembre 1836, elles étaient particulièrement blessantes, comme on peut s'en convaincre en lisant les conclusions du procureur général, Dupin : « ... Veuillez réfléchir, Messieurs, combien la loi serait ridicule (*si on ne l'appliquait pas immédiatement et absolument*) ! Il vaudrait mieux qu'elle n'eût pas été rendue. Tous les hommes honnêtes étaient révoltés de l'état de choses auquel elle a enfin mis un terme. Chacun était traduit en caricature, soit personnellement, soit collectivement dans la personne du roi. . . »

En outre cet arrêt est intéressant à un second point de vue. Le procureur général, en effet, indique dans ses conclusions d'une part que la loi n'a pas effet rétroactif parce qu'elle ne viole pas de droit acquis, et nous avons vu ce qu'il fallait penser de cette affirma-

tion, mais d'autre part, il ajoute : « Ici vous remarquerez que ce n'est plus la loi qui empiète sur le passé ; c'est au contraire le prévenu qui veut empiéter sur l'avenir, sur un avenir toujours au pouvoir de la loi. » Voilà bien pressenti, sinon nettement affirmé, le véritable élément constitutif de la rétroactivité. Quand une loi ne reporte pas son action sur le passé lui-même par une véritable fiction de préexistence, il ne peut être question de la taxer de rétroactive. Une loi qui ne dispose que pour l'avenir, quels que soient les droits qu'elle viole, n'est pas une loi rétroactive au sens de l'art. 2, même si ces droits ont leur cause ou leur origine dans le passé.

V. — Lois relatives à la compétence et à la procédure.

1. — COMPÉTENCE. — Malgré leur interprétation de l'art. 2 C. civ., la presque unanimité des auteurs accorde à ces lois l'application immédiate aux affaires pendantes, suivant certaines règles spéciales. Ils en donnent pour raison que le principe de la non-rétroactivité est étranger à ces lois. Cela pour divers motifs. Par exemple pour Baudry-Lacantinerie et Houquès-Fourcade : (T. I, p. 120 et s.) « On ne peut pas dire que les parties aient un droit acquis à l'application de la loi ancienne : tout au plus ont-elles pu concevoir à cet égard une simple espérance, qu'une loi nouvelle leur ravit. »

De même Dalloz (J. G. S. V^o Lois, n^o 210 *in fine*) :

« La non-rétroactivité est fondée sur ce principe qu'une loi nouvelle ne doit pas porter atteinte à des droits antérieurement acquis. C'est dans cette mesure que la loi n'est pas rétroactive, mais dans cette mesure seulement. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la loi est souveraine, et qu'à ce titre, elle ne doit comporter aucune restriction dans son application. La non-rétroactivité constitue une dérogation à cette souveraineté, qui exerce son empire partout où elle ne se trouve pas en face d'un droit acquis. En vain on dirait qu'il y a droit acquis pour les parties, entre lesquelles s'est formé le contrat ou le quasi-contrat judiciaire, à voir l'instance se dénouer dans les conditions où elle s'est liée. Cette formule paraît être plutôt une traduction plus ou moins littérale de l'ancienne règle de droit romain : *ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet* (L. 30 *De judiciis*, 5, 1), qu'une application rigoureuse de la notion exacte du droit acquis. Nous demanderons.... quel serait ici le droit acquis vraiment lésé ? Est-ce un droit réel, un droit personnel ? contre qui existe-t-il ? Il est impossible de répondre à ces questions. »

Pour d'autres auteurs, les questions de compétence sont des questions de forme ; or le principe de la non-rétroactivité ne s'applique qu'au fond du droit (arrêté des consuls du 5 fructidor an IX).

La jurisprudence a eu à statuer un grand nombre de fois.

Elle décide qu'il y a bien ici droit acquis, mais que les lois de compétence ont effet rétroactif. Par conséquent, la jurisprudence s'affranchit purement et simplement de la règle de l'art. 2 C. civ., malgré la rédaction en termes absolus de cet article. Voir, par

exemple, un arrêt de Caen du 17 février 1890, mentionné dans Dalloz (J. G. S. V^o Lois, n^o 241 *in fine*) et cité en note (eod. loc.) : « Attendu que les lois nouvelles qui modifient la compétence et la procédure produisent un effet rétroactif, même lorsqu'il s'agit de l'exercice de droits antérieurement acquis. » Remarquons en passant que la Cour de Caen ne prend nul souci de justifier cette assertion, qu'elle n'a pas même recours au subterfuge futile des auteurs, à savoir que la loi de compétence nouvelle s'applique immédiatement sans avoir pour cela effet rétroactif, par la raison qu'il ne saurait y avoir ici de droit acquis; cependant ce subterfuge a l'avantage de faire échapper la décision qui y a recours à la sanction de la cassation, car il proclame le respect de l'art. 2; on voit donc que ceux qui veulent trouver dans l'art. 2 la règle du respect des droits acquis et refusent d'admettre que cette règle n'est pas formulée dans nos lois, par crainte de l'arbitraire des tribunaux, se basent sur un argument bien faible, car la règle de l'art. 2, malgré son aspect absolu, n'a jamais empêché un tribunal d'appliquer la loi nouvelle lorsque cette application lui paraissait commandée par des motifs supérieurs. Voici deux fois que nous voyons des arrêts se soustraire à cette règle. Il en existe un nombre considérable.

Mais si tout le monde est d'accord pour admettre que les lois de compétence échappent à la règle du respect des droits acquis que l'on prétend trouver dans l'art. 2 C. civ., il y a de grandes difficultés sur le point de savoir si les lois de compétence doivent s'appliquer à toutes les affaires pendantes, ou si, lorsque ces affaires sont assez avancées, elles ne doivent pas être terminées d'après les règles de l'ancienne loi.

Je me contenterai de renvoyer sur ce point à la thèse de Delacour (*De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve*, Paris 1905), qui expose très complètement les divers systèmes. (V. p. 23 à 52 et 90 à 105).

Les auteurs appliquent en général les mêmes règles, qu'il s'agisse de compétence criminelle ou civile. On pourra voir une très intéressante distinction relativement aux lois de compétence criminelle dans la thèse citée de Delacour. (V. p. 52 à 90 et 105 à 109. La théorie de l'auteur est résumée p. 89 et 90).

2. — PROCÉDURE. — Ici les auteurs admettent que les lois de procédure s'appliquent bien aux instances postérieures même motivées par des faits antérieurs, mais les avis sont partagés pour les affaires pendantes.

Par exemple, Fuzier-Herman (*C. civ. annoté*, art. 2, n° 35) admet que ces lois sont rétroactives sans distinction.

Au contraire, Aubry et Rau, par exemple, distinguent entre les lois d'instruction criminelle, qui s'appliquent toujours aux instances postérieures, même motivées par des faits antérieurs, mais non aux procès en cours (*C. de Dr. civ.*, t. I, p. 106, 107). Ces deux auteurs citent chacun en leur sens de nombreux arrêts de jurisprudence. Les tribunaux, en effet, ne s'en tiennent à aucune règle fixe, mais jugent suivant les circonstances de l'affaire (comme d'ailleurs toujours dans cette matière). Ce qui prouve une fois de plus que, malgré les efforts des auteurs, les tribunaux n'ont jamais admis de droit absolu relativement au respect des droits acquis, mais se basent, sur ce point,

sur bien d'autres considérations que la prétendue règle que l'on veut tirer de l'art. 2 C. civ. (1).

On pourra voir un système plus complexe, et très ingénieux proposé par Delacour, dans la thèse citée un peu plus haut (p. 114 à 132 et 150 à 162).

VI. — Lois relatives à l'exécution forcée.

« En tant qu'elles étendent les anciennes lois d'exécution ou qu'elles en établissent de nouvelles, les lois de cette espèce régissent les poursuites faites sous leur empire, quoique l'obligation dont on poursuit l'exécution ait pris naissance sous la législation antérieure. » (Aubry et Rau, T. I, p. 110). Et (eod. loc. en note) : « Les voies d'exécution forcée sont réglées dans l'intérêt général bien plus que dans l'intérêt particulier des créanciers et des débiteurs. Ces derniers ne pourraient pas prétendre qu'ils ont un droit acquis à n'être contraints à l'exécution de leurs engagements que par les voies d'exécution autorisées par la loi sous l'empire de laquelle ils les ont contractés. Aussi ce point de doctrine est-il généralement admis. (Merlin, Rép. V^o Effet rétroactif, sect. III, § 10, n^o 1 ; Demolombe, I. 59. Laurent, I. 229).

« Réciproquement, les voies d'exécution établies par la loi ancienne ne peuvent plus, lors même qu'il

(1) L'arrêt le plus récent à ma connaissance est un arrêt de la Cour de Lyon du 5 nov. 1908. (*Mon. Jud. de Lyon du 20 nov. 1908*) qui décide tout simplement : « ...que le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'applique qu'au fond du droit. Que les lois de procédure et d'instruction sont obligatoires du jour de leur promulgation, aussi bien pour les procès déjà commencés et non jugés que pour ceux qui prennent naissance dans la suite ».

s'agit de dettes contractées sous l'empire de cette loi, être employées après la promulgation d'une loi nouvelle qui les a abolies ». (Aubry et Rau, loc. cit.).

Ces règles s'appliquent même aux lois qui admettent ou suppriment la contrainte par corps dans des cas où elle était auparavant interdite ou autorisée.

Pour ces auteurs, ces lois s'appliquent immédiatement et absolument sans être pour cela rétroactives, parce qu'ici il n'y a pas de droit acquis.

Pour d'autres auteurs au contraire, ces lois sont bien rétroactives et sont une exception de plus à la règle de l'art 2. Par exemple, Fuzier-Herman (*C. annoté*, art. 2, n° 61) : « Sont rétroactives, les lois relatives aux voies d'exécution forcée. »

Quant à la jurisprudence, elle est divisée, comme toujours, à cause des circonstances de fait des diverses affaires. On peut voir notamment un arrêt de la Cour de Paris du 29 janvier 1835 (S. 35. 2. 72) où il est dit qu'il y a bien ici droits acquis, tellement bien même que la Cour écarte l'application de la loi nouvelle en vertu de l'art. 2 C. civ. Cependant la majorité des arrêts admettent en cette matière l'application immédiate et absolue de la loi (V. la jurisprudence dans Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 2, n° 61 s.).

VII. — Lois prescrivant des formalités conservatoires.

Un arrêt de cassation du 27 avril 1814 (S. chr.) décide que les lois nouvelles prescrivant des formalités conservatoires du droit ont effet « sur l'avenir lié au passé » en ce sens qu'elles obligent à l'emploi des

formalités qu'elles prescrivent, bien que le droit à conserver ait été créé antérieurement. — Cet arrêt est intéressant parce qu'il rejette la prétention du demandeur qui soutenait dans l'espèce que son droit était sauf du moment qu'il s'était conformé aux règles de la loi du 24 août 1790 sous l'empire de laquelle ce droit était né, et qu'on ne pouvait lui faire un grief de n'avoir pas rempli les nouvelles formalités imposées par l'art. 57 C. pr. civ. : le demandeur prétendait que c'était donner ainsi effet rétroactif à l'art. 57 C. pr. civ. Et il faut bien reconnaître que le droit du demandeur était bien un droit acquis, répondant aux définitions qu'on en donne. Mais la Cour de Cassation n'a pas même relevé le moyen tiré de l'art. 2 C. civ. et s'est bornée à dire que la formalité prescrite par l'art. 57 C. pr. civ. était applicable du jour de la promulgation de cet article. Les auteurs admettent tous l'exactitude de cette solution. Ils l'expliquent en disant qu'il n'y a pas ici droit acquis. Laurent, par exemple, explique que, d'après sa méthode, la loi prescrivant une formalité conservatoire d'un droit s'applique immédiatement sans rétroagir, car elle ne lèse que les intérêts des créanciers et non leurs droits, et cela en vue de l'intérêt général. D'ailleurs « le législateur peut toujours régler l'exercice du droit de propriété, le soumettre à des formalités nouvelles. » (Laurent, I, n° 218). Je relève en passant une nouvelle confusion de terminologie. Après avoir expliqué au n° 218 que la loi du 16 décembre 1851 ne rétroagit pas parce qu'elle ne lèse que des intérêts, Laurent nous dit au n° 219, en étudiant les pouvoirs du juge dans ce cas : « Si donc la loi du 16 décembre 1851 n'avait pas rétroagi expressément, le juge n'aurait pas pu l'appliquer au passé,

Cela prouve que le juge ne peut pas faire rétroagir la loi dans tous les cas où le législateur le pourrait. »

La jurisprudence admet en général que les lois dont s'agit n'ont rien de rétroactif (V. Bordeaux, 7 mai 1836, S. 36. 2. 488. — Cass. 17 déc. 1816, S. chr.). De même les auteurs. Cependant Mailher de Chassat établit des distinctions à cet égard (1). (V. aussi Merlin, Répert. V^o Effet rétroactif, sect. III, § 3, art. 3, n^o 11; Mailher de Chassat, *Rétroactivité des lois*, I, p. 205 s.; Demolombe, T. I, 60 s., etc.).

Je signale à ce sujet la disposition de l'art. 11 de la loi du 23 mars 1855 qui décide : *Les articles 1, 2, 3, 4 et 9 ci-dessus, ne sont pas applicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le 1^{er} janvier 1856. Leur effet est réglé par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus...* Les travaux préparatoires nous apprennent « qu'on a voulu ainsi respecter les droits acquis pour ne pas donner à la loi effet rétroactif. » (*Recueil général des lois et arrêts*, I. 23 mars 1855, note 18-19).

Remarquons que l'article est dès lors inutile, puisque la loi n'a pas d'effet rétroactif dans le silence du législateur, c'est-à-dire ne viole pas les droits acquis, dans l'interprétation qu'on donne de l'art. 2 C. civ. Au contraire, cet article se justifie très bien si l'on admet que l'art. 2 C. civ. défend seulement d'appliquer la loi avec fiction de préexistence. Dans ce cas, si la loi de 1855 n'avait rien dit, tout ce que l'art. 2 C. civ. aurait exigé c'est qu'on ne rendit pas sans effets à l'égard des tiers les droits résultant d'actes antérieurs auxquels la nouvelle loi imposait la transcription et qui étaient nés

(1) *Rétroactivité des lois*, II, p. 205 s.

avant cette nouvelle loi. L'art. 11 de la loi a alors pour effet de maintenir à l'égard des tiers même les droits résultant d'actes antérieurs à cette loi et nés après elle.

VIII. — Lois d'ordre public.

Une question très controversée en la matière est celle de savoir si le juge peut appliquer la loi nouvelle immédiatement et absolument, sans respect des droits acquis, lorsqu'il estime que l'ordre public l'exige. On se demande aussi, en posant la question sous une autre forme, si le juge peut, dans le silence du législateur, appliquer la loi immédiatement et absolument, en disant que telle est la volonté tacite du législateur. — J'aurai à étudier dans le même sens au chapitre suivant si le juge peut appliquer la loi avec fiction de préexistence, dans le silence du législateur, lorsqu'il estime que telle est la volonté tacite du législateur ou que l'ordre public est en jeu.

Laurent décide (I, n° 164) que : « Le législateur agit comme organe des intérêts généraux ; le juge doit donc voir s'il y a un intérêt général qui ait pu engager le législateur à régir le passé ; il doit croire que le législateur aurait rétroagi, s'il avait prévu la difficulté ; en ce cas, il doit aussi appliquer la loi au passé ; en le faisant il obéit à la volonté tacite du législateur. »

Laurent expose ensuite que les lois qui sont essentiellement d'intérêt général et qui, par leur nature, régissent le passé sans que le législateur ait besoin de le dire, sont les lois politiques et, en matière de droit

privé, les lois d'ordre public, c'est-à-dire celles qui règlent l'état des personnes, et la capacité ou l'incapacité qui en résulte. Seulement, comme nous l'avons déjà vu en étudiant la théorie de Laurent, le juge ne pourra faire rétroagir ces lois, dans le silence du législateur, qu'à une double condition :

1^o Que l'intérêt général commande la rétroactivité ;

2^o Qu'on soit dans un cas « où la rétroactivité puisse avoir lieu sans qu'il y ait de mesures transitoires à perdre, où la législature nouvelle puisse immédiatement et de plein droit remplacer l'ancienne ». (I, n^o 166).

Je trouve une doctrine analogue dans la dissertation de Duvergier, sur l'effet rétroactif des lois, insérée dans la Revue de Droit Français et Etranger de 1845 (t. II, p. 6) : « Les lois sur les matières qui tiennent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, celles dont le but est de garantir la sûreté des citoyens et qui sont destinées à maintenir la paix dans la cité doivent être assimilées, quant à leur influence sur le passé, aux lois constitutionnelles et politiques...

« Il serait absurde de maintenir ce qui trouble l'ordre, ce qui offense les bonnes mœurs ; de laisser subsister le péril pour chaque citoyen et l'anarchie dans le pays, de peur de blesser le principe de la non-rétroactivité. »

A ce sujet, on peut voir dans la discussion de la loi du 18 juillet 1828 sur la presse périodique, combien est vague la notion que l'on se fait de la rétroactivité, et combien elle varie suivant les besoins du moment. Il est bien certain, en effet, qu'une loi qui viole des droits acquis, même au nom de l'ordre public, n'en rétroagit pas moins dans l'acception de ce mot

qu'adoptent les auteurs : seulement on écarte la règle de non-rétroactivité pour des motifs impérieux, « parce qu'il serait absurde de la maintenir quand elle se heurte à l'ordre public », comme dit Duvergier. Cela n'a pas empêché Pardessus de répondre à ceux qui accusaient la loi de 1828 de rétroagir en indiquant de nouvelles conditions d'aptitude pour être gérant d'un journal : « L'article du projet n'est point rétroactif, parce que ne s'occupant que des rapports des établissements existants avec l'Etat et le public, il a pour objet de les assujettir aux mesures de garantie que l'intérêt de ce même Etat, de ce même public rendent nécessaires. Ce n'est point là rétroagir. Je croyais que la question des rétroactivités avait été assez éclaircie pour qu'il ne vint plus à la pensée de personne de renouveler cet éternel et insignifiant reproche. Une loi de police, une loi qui crée des mesures de garantie dans l'intérêt public est nécessairement rétroactive dans le sens grammatical du mot, car elle s'adresse à des personnes ou à des établissements nés ou créés sous un ordre de législation qui alors n'exigeait pas ces garanties ; mais ce n'est point là ce qu'on appelle dans le langage réel rétroagir, et si le législateur n'avait pas le droit d'imposer de nouvelles obligations, dans l'intérêt public, à des personnes qui jusqu'alors n'y avaient pas été astreintes, le gouvernement, la police générale de la société seraient impossibles. Toutes les lois politiques rétroagissent, car elles substituent à des institutions existantes des institutions nouvelles auxquelles sont soumis les hommes nés sous l'empire des anciennes. » (*Mon. du 14 juin 1828*, p. 852, colonne 2).

Il résulte clairement de ce passage que le mot

rétroagir à deux sens : l'un grammatical, dont il n'y a pas à s'inquiéter en droit, c'est ainsi que « toutes les lois politiques rétroagissent » ; l'autre légal, que Pardessus néglige de définir, ce qui est vraiment regrettable. Et l'orateur expose que les lois ne sont pas rétroactives au sens légal quand elles sont basées sur l'intérêt public, même si elles le sont au sens grammatical. Ce qui est curieux, c'est que l'auteur décide que ces lois ne sont pas rétroactives au sens légal, parce qu'alors ce serait restreindre l'indépendance du législateur ; l'auteur admet donc que le législateur ne peut pas donner à la loi effet rétroactif au sens légal. Or, la question des rétroactivités était « plus éclaircie » que l'auteur ne le croit, puisqu'on admettait depuis longtemps que le législateur n'était pas lié par le principe de non-rétroactivité. Et ce qui est le plus curieux, c'est que Duvergier (*loc. cit.*) cite ces paroles de Pardessus en déclarant que c'est avec raison, qu'il les adressait à ses adversaires.

On peut de même voir dans certains arrêts une solution analogue. C'est ainsi que s'exprime la Cour de Caen dans un arrêt du 25 février 1883 (S. 86. 2. 29) : « Considérant d'ailleurs que le principe de la non-rétroactivité n'est pas tellement absolu que le législateur n'y puisse déroger expressément ou tacitement ; que lorsque la loi est conçue dans des termes qui n'indiquent point sa portée, eu égard aux faits antérieurs, il appartient au juge de rechercher, dans la nature même de ses dispositions, dans la matière qu'elles ont pour objet de réglementer, dans l'utilité ou l'inutilité de l'application immédiate de la nouvelle loi, quelle a été la véritable pensée et l'intention du législateur. » (Voir de même une série d'arrêts rapportés dans S. 86.

2. 1). L'annotateur Labbé, dans une note très importante s'étonne de ces solutions et prétend que l'ordre public ne suffit pas toujours à justifier la rétroactivité. « S'il s'agit, dit-il, de lois qui statuent sur des matières que le législateur tient absolument dans sa main, parce qu'elles se réfèrent directement à l'organisation sociale : les pouvoirs publics, les fonctionnaires publics, les juridictions, la capacité des personnes, ces lois ont un effet rétroactif. Mais il y a des lois qui statuent sur des matières d'intérêt privé, sur les rapports des particuliers entre eux, par des motifs d'ordre public, et en poursuivant un but de prospérité sociale. Celles-ci tombent sous le principe de la non-rétroactivité. » Labbé fait remarquer que malgré sa réalité et son mérite cette distinction ne trace pas une règle bien précise de solution. C'est ainsi que lui-même décide dans une note au Sirey (85. 1. 241) que la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme doit être appliquée rétroactivement, solution adoptée par la Cour de Paris le 6 juin 1885 et le 19 juin 1885 ; mais dans la note au Sirey (S. 86. 2. 1) qui m'occupe, il revient sur cette opinion et décide que l'ordre public ne suffit pas à légitimer l'application rétroactive de cette loi. C'est d'ailleurs ce dernier système qui fut généralement suivi par la jurisprudence au sujet de la loi de 1885, comme l'indique Labbé dans la note citée au Sirey de 85.

D'ailleurs la Cour de Cassation a admis le principe contraire à celui de la Cour de Caen, c'est-à-dire que pour la Cour de Cassation, le juge ne peut donner effet rétroactif que si la volonté du législateur est nettement manifestée (1). Voir un arrêt du 7 juin 1901 (S. 02. 1.

(1) V. cependant un peu plus loin un arrêt récent de cass. en sens contraire.

513) : « Attendu... que le législateur peut, il est vrai, déroger à la règle ordinaire de la non-rétroactivité, en vue d'un intérêt supérieur d'ordre public ; mais que s'il n'a pas manifesté nettement sa volonté en ce sens dans la loi nouvelle, celle-ci doit être appliquée par le juge, conformément à l'art. 2 C. civ. » Dalloz (J. G. S. V^o Loi, n^o 123) adopte l'opinion que les lois dont s'agit ici ne sont pas rétroactives parce que les particuliers ont contre elles des droits acquis, et que c'est improprement qu'on les appelle d'ordre public. Pour lui, « le caractère d'ordre public doit être réservé aux lois qui disposent sur des droits qui n'appartiennent qu'au souverain, comme les lois constitutionnelles, les lois politiques, les lois d'organisation judiciaire, etc. » Ces lois-là s'appliquent rétroactivement parce qu'on ne peut avoir contre elles de droits acquis. Mais cette manière de voir n'est pas suivie par les auteurs, qui admettent tous qu'il y a des lois de droit privé dont les dispositions sont d'ordre public. Sans doute il sera très difficile de décider si une loi est d'ordre public ou non. Et on ne peut donner de criterium définitif, car la notion d'ordre public est essentiellement relative, elle varie selon les milieux et les temps. Mais là n'est pas la question.

Et les auteurs modernes décident qu'en général les lois qui ne disposent pas sur des droits qui n'appartiennent qu'au souverain n'ont pas effet rétroactif, car il existe contre elles des droits acquis et elles doivent les respecter. (V. g. Aubry et Rau, Sect. 1. § 30, p. 99 s. ; Laurent, Sect. 1. p. 160 s. ; Beudant, Introduction n^o 143, p. 150).

Cependant Huc (I, n^o 93) adopte une opinion intermédiaire. Pour lui les lois d'ordre public ne sont pas

de plein droit rétroactives, car l'ordre public lui-même exige le respect des droits acquis. Le législateur décidera le plus souvent s'il entend que sa loi ait ou non effet rétroactif (v. g. l. 3 septembre 1807). Mais s'il ne l'a pas fait, le juge ne devra pas rechercher si la loi est d'ordre public ou non pour lui donner effet rétroactif ou non, mais seulement « si le législateur a voulu que cette loi, quel que soit d'ailleurs son caractère, rétroagisse ou ne rétroagisse pas. » Donc en tout cas le respect des droits acquis est exclu sinon sous prétexte d'ordre public, du moins sous prétexte de volonté tacite du législateur basée sur l'intérêt général. Et cette théorie, qui semble en définitive la meilleure, et qui est partagée par la plupart des Cours d'appel, est bien difficile à expliquer si on prétend la trouver dans l'art 2 C. civ. Car elle n'admet pas une règle unique, comme le suppose nécessairement cet article. Il y a au contraire une question d'appréciation qui doit se renouveler à propos de chaque loi de ce genre. De ce que l'intérêt social est engagé à ce qu'une situation légale soit modifiée, il ne s'ensuit pas nécessairement que cet intérêt impose la nécessité d'appliquer la loi nouvelle pour la liquidation du passé. « Tout problème de non-rétroactivité, dit Labbé dans la note sous Dijon, 24 avril 1885 (S. 86. 2. 1.) se ramène à la détermination des droits acquis, des attentes sérieuses et respectables, à une balance entre le trouble, le mal qui résulterait, et le bien qu'on espère d'une application immédiate de la loi aux faits antérieurs. » (V. aussi Naquet, note sous Aix, 18 février 1886, S. 86. 2. 169).

Quoi qu'il en soit de ces divers systèmes, il est bien certain que la règle ordinaire du respect des droits acquis ne s'applique pas quand il s'agit de lois d'ordre

public (1). (V. les explications du conseil. rapport. dans l'arrêt de cassation du 18 avril 1887, D. 87. 4. 153).

IX. — Matières disciplinaires

Enfin on lit dans Dalloz (*Nouv. C. civ. annoté*, art. 2. n° 351) : « La question de savoir si le principe de la non-rétroactivité des lois s'applique en matière disciplinaire est très délicate. » La Cour de Cassation reconnaît la rétroactivité (D. 76. 3. 89.) Mais le Conseil d'Etat s'est prononcé en sens contraire pour la loi du 25 juillet 1873 (D. 73. 4. 91) sur les récompenses nationales et le décret du 14 avril 1874 (D. 74. 4. 75) sur la discipline des membres de la Légion d'honneur.

Certains auteurs (notamment Mailher de Chassat) donnent la même solution que la Cour de Cassation et décident qu'une récompense nationale pour un acte doit être accordée même à celui qui a fait l'acte avant que la récompense ne fût votée, car il a bien mérité de la patrie et a agi dans l'intérêt général.

Alinéa III. — On étudie en général l'application des lois pénales relativement aux délits antérieurement accomplis, avec l'art. 2 C. civ. — Cependant, il importe ici de faire une distinction. Cette matière en effet est soumise à des règles spéciales, les unes incontestées, les autres controversées que je me bornerai à énumérer brièvement.

(1) *Contra*, v. Popoviliev, *Rev. trimest. de Dr. civ.* 1908, p. 502 et n. 4.

Le grand principe de la matière est contenu dans l'art. 4 C. pén. ainsi conçu : *Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis.*

On décide souvent que ce texte n'est que l'application de l'art. 2 C. civ. aux lois pénales. (V. g. Dalloz et Vergé, *C. pén. annoté*, art. 4, n° 1). Mais d'abord c'est rendre ce texte inutile. Ensuite il semble difficile d'admettre qu'il n'ait voulu écarter que l'effet rétroactif, comme l'art. 2 C. civ., car alors il aurait probablement employé la même formule. La vérité est que la portée de ce texte est beaucoup plus considérable. Il défend de punir un délit qui n'était pas punissable quand il a été commis alors même qu'on le punirait sans rétroactivité. Et j'ai montré que pour la théorie traditionnelle il n'y aurait rétroactivité que si le coupable avait un droit acquis à n'être pas puni, ce qui est au moins discutable. D'autre part, les lois d'adoucissement s'appliquent même aux délits antérieurs, tant que la condamnation n'est pas devenue définitive pour la plupart (1), même si elle a acquis autorité de chose jugée par les autres (V. g. Blondeau, note, S. 1809. 2. 277; Valette sur Proudhon, T. I, p. 36).

La Cour de Cassation a adopté successivement deux opinions relativement au cas où la loi nouvelle intervient pendant le pourvoi. Il a été jugé d'abord que celui qui a été condamné en vertu d'une loi alors existante ne peut, sur le pourvoi en cassation par lui formé contre cette condamnation, réclamer le bénéfice

(1) Merlin, Rép. V° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 11, n° 2; Morin, Rép. V° *Effet rétroactif*, n° 6; Le Sellyer, *De la criminalité*, n° 248; Bertrand, *C. de C. pénal*, p. 473 s.; Demolombe, t. I, n° 65; Iluc, t. I, n° 55, etc.

d'une loi survenue depuis, qui dépouillerait de toute criminalité le fait inculpé. (Cass. 12 juin 1863. S. 63. 1. 509). — Mais la Cour de Cassation est revenue sur sa jurisprudence et elle a admis le condamné à bénéficier de la loi nouvelle intervenue pendant le jugement du pourvoi. (Cass. 14 janvier 1876. S. 76:1. 433). Cette dernière solution est adoptée par les auteurs. (Garraud, *Traité théorique et pratique de Droit Pén.* fr. t. I, n° 135).

Il y a bien d'autres questions que soulève l'application des lois d'adoucissement aux délits antérieurs. Mais cette étude sortirait de mon cadre. Je me contenterai de renvoyer à Garraud, *Droit pénal*, t. I, n° 130 à 144.

En tout cas, on voit que les lois pénales n'obéissent pas aux règles générales que les auteurs tirent de l'art. 2 C. civ. Aussi les auteurs récents étudient ces lois dans une section à part comme constituant tout simplement une exception au principe de l'art. 2 C. civ. Mais remarquons que cet article est rédigé en termes absolus et qu'il est difficile de justifier cette exception, car les rédacteurs du Code civil auraient dû la mentionner. Au contraire, si l'on ne voit dans l'art. 2 C. civ. qu'une prohibition d'appliquer la loi avec fiction de préexistence, comme je le propose, les lois pénales ne font plus exception. Par exemple, une loi d'adoucissement qui efface les déchéances dont un délit était frappé ne restitue à l'auteur de ce délit qui a été déchu sa capacité que pour l'avenir, et maintient son incapacité depuis la condamnation jusqu'à la promulgation de la loi nouvelle (ou jusqu'au jugement de mainlevée de la déchéance), sauf disposition expresse de la loi, lui donnant effet rétroactif et décidant que le

délinquant sera réputé n'avoir jamais encouru la déchéance. Et dans mon système, l'utilité de l'art. 4 C. pén. apparaît très nettement : l'application avec fiction de préexistence est seule défendue par l'art. 2 C. civ. ; l'application immédiate et absolue n'est défendue par aucun texte en matière civile, mais laissée à l'appréciation du juge ; au contraire, en droit pénal, et en raison de la nature particulière des lois pénales, cette application est interdite au juge dans tous les cas, même si l'ordre public paraît l'exiger, à moins d'une disposition contraire du législateur (1). J'aurai d'ailleurs à développer ces idées dans le chapitre suivant. Je relève simplement ici le très sérieux argument que l'on peut tirer de la combinaison de l'art. 2 C. civ. et de l'art. 4 C. pén.

SECTION II

Tout le monde admet aujourd'hui que le principe de l'art. 2 C. civ. ne lie pas le législateur. Aussi je me contenterai d'énoncer ce principe. Je renverrai à l'exposé que j'ai donné de la théorie Laurent dans la première partie, où cet auteur démontre que cependant l'art. 2 C. civ. est un conseil pour le législateur. Il n'est d'ailleurs que trop clair que la loi ne pourrait être tenue en échec par des droits acquis des particuliers. Enfin on a essayé, comme je l'ai exposé dans

(1) Par exemple, v. art. 9, l. 27 mai 1885, *sur les récidivistes*, dont la première disposition ordonne l'application *immédiate et absolue* de ladite loi, et dont la seconde écarte cette application en tant qu'elle serait *rétroactive*.

l'Introduction, de faire de la non-rétroactivité un principe constitutionnel, on a dû y renoncer.

Et le législateur peut non seulement décider que la loi ne respectera pas les droits acquis, ce qui pour moi n'est nullement violer le principe de non-rétroactivité ; il peut aussi décider que la loi s'appliquera avec fiction de préexistence, aura les mêmes effets que si elle avait été promulguée avant la vraie date de sa promulgation, sauf bien entendu les seules impossibilités matérielles : on ne leur assimilerait pas ici le fait que le droit a été reconnu par un jugement passé en force de chose jugée. Le législateur peut méconnaître l'autorité des jugements. J'ai dit au contraire que la loi interprétative ne rétroagit qu'en respectant l'autorité de la chose jugée, sauf évidemment disposition contraire y insérée.

Enfin je rappelle la controverse que j'ai signalée (p. 160) au sujet des lois d'ordre public sur le point de savoir si la volonté du législateur peut être tacite au cas où la rétroactivité serait conforme à l'ordre public. En tout cas, quand on ne peut invoquer l'ordre public, la volonté du législateur devra être expresse. (Demante et Colmet de Santerre, T. I, n° 9 bis ; Demolombe, T. I, n° 67 ; Huc, T. I, nos 92, 93 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, T. I, n° 139).

Il y a eu cependant quelques divergences (1) et certains tribunaux ont admis que la volonté du législateur pouvait être tacite. Je relève en ce sens un arrêt de la Cour de Caen du 26 février 1883 (S. 86. 2. 29) : « Lorsque la loi est conçue dans des termes qui n'in-

(1) En faveur de ce système de la suffisance de l'intention tacite v. Laurent (I, n° 451) et Duvergier (*Revue du Droit Franç. et Etranger*, 1845, II, p. 6).

diquent point sa portée, eu égard aux faits antérieurs, il appartient aux juges de rechercher... quelle a été la véritable pensée et l'intention du législateur. »

La Cour de Cassation paraît se rallier au système de la majorité des auteurs, et exige en général que la volonté du législateur soit expressément manifestée. Cette règle est nettement formulée dans un arrêt de cassation du 7 juin 1901 (*Recueil Gaz. Trib.* 1901, 2^e Sem. I. 56) : « S'il (*le législateur*) n'a pas manifesté nettement sa volonté en ce sens dans la loi nouvelle, celle-ci doit être appliquée par le juge conformément à l'art. 2 C. civ. » Cependant un arrêt du 3 juin 1907 (*Pand. fr. pér.* 1907. I. 262)(1) admet que la volonté du législateur peut être tacite : ce qui prouve bien que relativement au respect des droits acquis les tribunaux obéissent à des considérations de fait et non à la règle précise que les auteurs ont vainement formulée.

Donc sur ce point comme sur tous les autres, la question du respect des droits acquis n'a pu recevoir une solution nette et précise : c'est une preuve de plus que cette question est étrangère à l'art. 2. C. civ., dont les termes absolus ne peuvent étayer qu'une règle précise (2).

(1) V. surtout les conclusions de M. le Procureur général Baudoin rapportées *in extenso*.

(2) On verra qu'en Allemagne comme en France le législateur n'est pas du tout lié par le principe de non-rétroactivité. (V. Supp. *Extraits de Goepfert*, ch. II, § 5 *in fine* ; *Extraits de Stobbe*, II).

SECTION III

Quel est donc le système qui résulte de l'art. 2 C. civ. tel que le comprennent les auteurs ? Je laisserai ici de côté la question d'application de la loi avec fiction de préexistence, que cet article prohibe clairement, et sur laquelle il n'y a aucune difficulté, comme je le montrerai au chapitre suivant. Je ne m'occupe ici de l'art. 2 qu'autant qu'on a voulu y trouver une prohibition d'application de la loi d'une façon immédiate et absolue au détriment des droits acquis.

A cet égard la formule la plus nette de la théorie traditionnelle est donnée par Glasson dans une note au Dalloz (1887. 2. 97).

« L'art. 2 C. civ., dit-il, déclare que la loi dispose seulement pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif. Cette règle, on le sait, s'adresse seulement aux juges et non pas au législateur ; celui-ci peut toujours déclarer qu'une loi sera rétroactive. Mais même ainsi limité au pouvoir judiciaire, l'art. 2 doit être entendu avec d'importantes restrictions. Son texte dépasse manifestement son esprit et il faut, pour comprendre la portée d'application de l'art. 2, rechercher quel est le but du législateur. Le doute n'est pas possible sur un point : il ne veut pas qu'une loi nouvelle puisse porter atteinte à des droits antérieurement acquis. C'est donc dans cette mesure qu'elle ne sera pas rétroactive, mais dans cette mesure seulement. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la loi est souveraine et qu'à ce titre elle ne doit comporter aucune restriction dans

son application. La non-rétroactivité constitue une dérogation à cette souveraineté et il résulte de là qu'en réalité l'art. 2, au lieu de poser un principe absolument général, établit plutôt une exception à un principe qu'il suppose préexistant. Avant tout la loi est souveraine et par conséquent aussi rétroactive. Mais cependant le législateur ordonne aux juges de limiter cette souveraineté toutes les fois que l'application immédiate d'une loi nouvelle serait de nature à nuire à des droits acquis. Toute la théorie de la loi peut donc se ramener à deux formules, dont l'une consacre la règle, l'autre l'exception : toute loi est rétroactive, car elle est souveraine ; il en est toutefois autrement s'il existe des droits acquis. »

Avant de rechercher quelles sont les conséquences de ce système, qui est celui de la doctrine moderne, il faut remarquer qu'il est absolument inconciliable avec l'art. 2 C. civ. Quand cet article a été rédigé, on a entendu poser en principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif : les travaux préparatoires ni le texte lui-même ne laissent aucun doute à cet égard. La non-rétroactivité était « la raison même, et partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. »

En présence d'un texte dont les termes et l'esprit sont si nets et si absolus, les auteurs n'hésitent cependant pas à dire que la loi a effet rétroactif. Il est certain, dans ces conditions, qu'ils ne se font pas du tout de la rétroactivité la même idée, puisqu'ils la considèrent comme un attribut essentiel de la loi, alors que les rédacteurs du Code civil considéraient le principe de la non-rétroactivité comme indispensable.

Il est d'ailleurs absolument inadmissible que les

mots : *la loi n'a pas d'effet rétroactif*, signifient : la loi a effet rétroactif sauf dans certains cas exceptionnels.

Il est en outre complètement divinatoire de décider que ces cas sont ceux où il y a droit acquis. Non pas que je dise que la loi nouvelle ne doive jamais respecter les droits acquis, mais je prétends que rien n'autorise à qualifier de rétroactive la loi qui ne les respecte pas. Donc rien dans les textes ne justifie la théorie classique.

Maintenant quelles sont les conséquences de cette théorie ? Un point certain c'est que le législateur n'est nullement lié par la disposition de l'art. 2 C. civ. Mais, dit-on, ce texte est un ordre pour le juge. Dès lors, le juge qui donnerait à la loi effet rétroactif encourrait la censure de la Cour de Cassation. Mais quand pourrait-on prétendre que le juge a donné à la loi effet rétroactif ? Evidemment, s'il a dit expressément qu'il entendait appliquer la loi nouvelle rétroactivement, il n'y aura pas de doute. Mais s'il n'a rien dit, on se bornera à affirmer que l'application de la loi est contraire à l'art. 2 C. civ., et la Cour de Cassation appréciera : Or elle n'est liée par rien, pour cela, pas même par sa jurisprudence, et j'ai montré qu'elle avait souvent donné des solutions contradictoires. Donc l'art. 2 C. civ. ne lie pas plus le juge que le législateur : il a pour seul effet de faire rentrer les questions de rétroactivité sous le contrôle de la Cour de Cassation. Est-ce un avantage ? Il est certain qu'il y en aurait un si la Cour de Cassation obéissait à une règle fixe, car alors il y aurait unité de jurisprudence. Et on a pu croire qu'en effet la Cour de Cassation suivait la règle qu'il fallait, en appliquant la loi nouvelle, respecter les droits acquis. Malheureusement il a été impos-

sible tant à cette Cour qu'à la doctrine, de définir même approximativement, les droits acquis, d'une manière abstraite. Tout le monde doit reconnaître que la Cour de Cassation tient largement compte des circonstances de l'affaire pour apprécier si dans l'espèce il y a ou non droit acquis. Le résultat est donc en définitive que la Cour de Cassation est reconnue compétente pour réviser les décisions des Cours d'appel sur des questions de fait, sous l'apparence d'une question de droit, ce qui est absolument contraire aux principes de notre organisation judiciaire. Enfin alors même que l'on pourrait imposer à la Cour de Cassation la manière de voir de la Cour d'appel sur le point de savoir s'il y a ou non droit acquis, elle retrouverait souvent son indépendance en décidant que la loi nouvelle n'a pas à respecter les droits acquis sous prétexte qu'elle est d'ordre public, ou d'intérêt général. Je montrerai dans le chapitre suivant que l'ordre public n'est pas plus définissable que le droit acquis, et que ce serait, en bonne logique, au juge du fait, à apprécier dans chaque cas qui doit l'emporter, de l'intérêt général ou du droit des particuliers.

Donc la théorie traditionnelle arrive à décider que malgré les termes absolus de l'art. 2 C. civ., de nombreuses lois échappent à la règle de la non-rétroactivité, et que, relativement aux lois qui lui sont soumises, le juge demeure le plus souvent libre de s'y soustraire, sous le seul contrôle de la Cour de Cassation, qui, elle, est toujours indépendante.

On admet en effet qu'elle peut aller jusqu'à reconnaître expressément que l'application qu'elle fait de la loi nouvelle est bien rétroactive, si elle estime que la nature de la loi autorise la rétroactivité, ce qu'elle apprécie souverainement.

Il résulte de cet exposé du système actuellement admis que le juge n'est pas plus lié que le législateur par la disposition de l'art. 2 C. civ. quant à l'application immédiate et absolue qu'il peut vouloir donner à la loi nouvelle. Et cependant on dit et on répète que la disposition de l'art. 2 C. civ. est une protection indispensable à l'individu contre les excès de pouvoir du juge.

Il faut donc admettre que les pouvoirs du juge n'ont pas besoin d'être restreints par un texte de loi pas plus que ceux du législateur, ou tout au moins que si cette restriction peut être utile, elle n'est à coup sûr pas indispensable. Et les citoyens ont contre l'arbitraire de juge d'autres garanties qu'un texte de loi, quand il s'agit de donner à la loi un effet abusif. En effet, le juge n'est pas un pouvoir aveugle et injuste. Il est l'expression de la conscience sociale, et se conforme toujours aux exigences du milieu et des mœurs. Il est absurde de supposer un juge donnant à la loi effet rétroactif alors que cette rétroactivité ne serait commandée par rien et « serait un crime » pour employer les termes de B. Constant.

Donc en définitive le juge peut sans danger être reconnu libre d'appliquer la loi nouvelle dans la mesure où cette application lui paraît juste. D'ailleurs en pratique, il a chez nous cette liberté, malgré le texte de l'art. 2 C. civ., qui n'est donc à cet égard, qu'une pure inscription de façade (1).

En résumé la règle de non-rétroactivité telle que la comprend la doctrine traditionnelle est plus ou

(1) Révérand, *Etude sur le principe de la non-rétroactivité des lois en matière civile*, p. 6 s.

moins violée dans tous les cas. Comme le dit en effet Révérand (1). « La conception philosophique de la non-rétroactivité, si haute et si équitable qu'elle soit, est socialement inadmissible, et les faits se chargent de l'écarter.

« Toute loi nouvelle est, en effet, par la force des choses, rétroactive en quelque façon... Elle apporte toujours... un changement; or tout changement entraîne fatalement la destruction d'un état de choses antérieur, auquel un nouvel état de choses est substitué. Mais un état de choses dans les sociétés organisées, ne comprend pas que le présent et l'avenir; le présent est lié d'une façon inséparable au passé dont il est la conséquence: toucher au présent sans atteindre le passé est impossible. »

En un mot toute loi dispose pour le passé en ce sens que les faits à venir qu'elle vise sont liés au passé. Et si on admet avec la doctrine classique, qu'une telle disposition indirecte pour le passé constitue la rétroactivité, toute loi est rétroactive.

Ce sens me semble donc ne pas pouvoir être celui de l'art. 2 C. civ.

Et alors Révérand conclut qu'il faut laisser de côté la règle « que les auteurs du Code civil ont écrite dans l'art. 2, et qu'ils considéraient comme un principe fondamental s'imposant à la raison (2). »

Et en effet si on admet que tel est le sens de l'art. 2 C. civ., il faut bien reconnaître que cet article ne peut pas être respecté. « En face de la règle d'équité sur laquelle est fondé le principe de la non-rétroactivité,

(1) Op. cit. p. 6.

(2) Op. cit. p. 40.

il y a la loi du progrès. Il n'est pas possible de condamner un peuple à l'immobilité législative, » laquelle seule assurerait le respect de l'art. 2 tel que l'interprète la doctrine classique (1).

Mais l'auteur ne précise pas ce qu'il entend par rétroactivité, si bien qu'oubliant un peu plus loin qu'il vient d'admettre la nécessité d'une application plus ou moins rétroactive des lois, il n'hésite pas à dire que le principe de non-rétroactivité devrait être constitutionnel (2). Il est bien certain qu'il comprend alors différemment l'effet rétroactif, et il admet ainsi qu'il y a une rétroactivité que l'on doit interdire absolument (3). Or, rien ne s'oppose à ce que l'on admette que l'art. 2 a précisément en vue la rétroactivité prise en ce sens là, comme je le montrerai au chapitre suivant.

Bien entendu, tout ceci n'est relatif qu'au second aspect du principe de non-rétroactivité. L'article retrouve au contraire sa raison d'être et sa pleine efficacité lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi avec une fiction de préexistence. Et c'est cette distinction qui va me permettre de formuler mon explication de l'art. 2, et d'analyser rapidement la théorie de l'application des lois dans le temps dont le principe absolu de non-rétroactivité n'est qu'un élément.

(1) Op. cit. p. 11.

(2) « En résumé, dans notre législation, la règle de la non-rétroactivité, dont la plus élémentaire équité impose le respect, est formulée en termes exprès, mais à une place critiquable. » (P. 19).

(3) En parlant de la Commission de révision du Code civil : « En tous cas, dit-il, il paraît difficile qu'elle maintienne l'art. 2 tel qu'il est. *Ou il doit être respecté d'une façon absolue, ou il doit disparaître.* » (P. 155). Il est bien clair que là encore l'auteur vise un autre sens que lorsqu'il dit que le respect de l'art. 2 est impossible.

CHAPITRE II

THÉORIE SOMMAIRE DE L'APPLICATION DES LOIS DANS LE TEMPS

Préliminaires.

J'ai montré comment la doctrine et la jurisprudence, en voulant trouver dans l'art. 2 C. civ. toute la théorie de l'application des lois quant au temps, sont arrivées à donner de ce texte si bref des explications interminables et à lui apporter tant d'exceptions que l'on se demande de quel côté est la règle. Il m'a paru impossible d'admettre ces explications en présence des termes absolus de l'art. 2. Certes rien n'empêche *a priori* d'appeler rétroactivité la violation par une loi nouvelle d'un droit acquis sous l'empire d'une loi antérieure : seulement ce sens est impossible en présence des termes de l'art. 2 C. civ. (1).

C'est ce que je montrerai dans une première section,

(1) Voir l'ouvrage récent de Schatz (*L'Individualisme économique et social*, ses origines, son évolution, ses formes contemporaines, Paris 1907), où l'auteur prétend que le juge doit interdire dans l'application de la loi toute modification *consciente* au texte légal, même si elle lui paraît commandée par des besoins nouveaux de la société, et cela par respect du principe de non-rétroactivité. V. aussi *Revue trimestrielle de droit civil*, 1908, p. 517 s. où Morin approuve les théories de Schatz.

en exposant quel est le seul sens admissible en présence de cet article. Dès lors nous verrons que l'art. 2 C. civ. n'est qu'une des règles de la théorie de l'application des lois quant au temps. J'aurai alors dans une deuxième section à rechercher les autres règles de cette théorie.

Enfin, j'aurai à exposer l'utilité de cet ouvrage.

SECTION I

Véritable sens de l'art. 2 C. civ.

L'art. 2 C. civ. est rédigé en termes très concis et absolus. J'ai montré dans l'Introduction même de cet ouvrage, qu'il était susceptible de plusieurs sens. J'ai ensuite étudié le système bâti sur l'interprétation universellement admise de ce texte, et nous avons vu qu'il arrivait à ne tenir aucun compte des termes de la loi. Or il n'est pas du tout nécessaire, pour expliquer ce texte, d'avoir recours au sens fourni par les auteurs et la jurisprudence. Et il est simple de donner de la rétroactivité une définition telle que la règle de l'art. 2 s'appliquera absolument et en principe, comme le veut cet article. Il suffit pour cela de le traduire ainsi : *La loi ne dispose que pour l'avenir : elle ne peut jamais être censée avoir existé avant sa promulgation.*

Avant de voir si ce sens est admissible je le précise nettement par un exemple, pour rendre toute équivoque impossible. Supposons qu'une loi vienne reporter de 21 à 25 ans l'âge de la majorité. On admet que les individus de moins de 25 ans seront mineurs jusqu'à cet âge, même s'ils avaient plus de 21 ans, c'est-à-dire s'ils étaient majeurs au moment de la promulgation

de la loi nouvelle. Je prétends que cette loi n'a rien de contraire à l'art. 2 C. civ., non pas, comme on le dit d'ordinaire, parce que les individus n'ont pas de droit acquis à la majorité, mais parce que cette loi ne dispose que pour l'avenir, sans effet rétroactif. Pour qu'elle eût effet rétroactif il faudrait qu'elle décidât que l'on sera mineur jusqu'à 25 ans et que non seulement ceux qui ont été majeurs redeviendront mineurs, mais encore qu'ils seront censés n'avoir jamais été majeurs.

L'élément constitutif de la rétroactivité est donc un élément de temps : la caractéristique d'une loi rétroactive sera de pouvoir se ramener à un futur antérieur : *Telle chose aura été faite ou n'aura pas été faite* dans le sens de *sera censée avoir été faite ou n'avoir pas été faite* : car j'ai déjà expliqué dans la première partie qu'on ne peut pas revenir sur le passé réellement, mais seulement par une fiction.

Maintenant rien ne s'oppose à l'admission de ce sens. Les travaux préparatoires fournissent à cet égard des arguments pour et contre. D'abord les rédacteurs du Code civil avaient principalement en vue la loi du 17 nivôse an II, qui était une loi rétroactive dans le sens que je propose. Puis Portalis, dans le discours que j'ai déjà cité, dit qu'une loi « ne peut avoir d'effet que quand elle existe » ; ce qui signifie que la loi rétroactive est celle qui produirait effet avant d'exister, c'est-à-dire qui serait censée en avoir produit, car il est bien certain qu'elle ne pourrait réellement en produire, le passé étant irréparable. Il est vrai que le même Portalis dit un peu plus loin que le principe de non-rétroactivité a pour effet d'empêcher les citoyens d'être troublés dans leurs droits

acquis par une loi postérieure (Locré, I, p. 507). On peut voir encore dans Locré des discours favorables à mon sens (I, p. 577; p. 600) et d'autres favorables au sens traditionnel (I, p. 525). On ne peut donc tirer argument des travaux préparatoires : ils ne s'expliquent d'ailleurs pas clairement sur l'art. 2 C. civ.; d'autre part, cet article ne suscita guère de discussions, et l'on n'en parlait que très rapidement à la fin des interminables discours sur l'art. 1^{er}, qui, au contraire, fut l'objet de vives discussions.

Or, en l'absence de toute définition légale de l'effet rétroactif, il est bien légitime de donner à ces mots le sens qu'ils ont partout ailleurs et qui n'est même pas discuté. C'est ainsi qu'on dit que la condition résolutoire rétroagit, pour exprimer qu'elle est censée s'être accomplie au jour de la convention qu'elle est censée avoir produit des effets avant d'être réalisée; la rétroactivité est une fiction de préexistence. C'est ainsi encore que l'art. 252 C. civ. dispose dans son dernier alinéa que *le jugement (de divorce) dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande*. Planiol (T. III, n° 156) commentant ce texte reconnaît qu'il a une force rétroactive « en vertu de laquelle un état de choses, créé par le divorce, va être réputé avoir existé avant lui. »

Donc, ici encore, il n'y a aucun doute, la rétroactivité est une fiction de préexistence, et rien de plus (1).

(1) Le Code portugais donne clairement au mot rétroactivité le sens d'application avec fiction de préexistence, qu'il y ait ou non violation de droits acquis; la violation de droits acquis est donc tout autre chose que la rétroactivité et une loi rétroactive peut violer ou non des droits acquis. C'est ainsi « que ce code décide que la loi civile, n'a pas d'effet rétroactif. Il n'est fait d'exception à ce principe que pour les lois d'interprétation qui peuvent être appliquées rétroactivement, pourvu qu'il n'en résulte aucune violation des droits acquis. (V. F. Lepelletier, *Le Code civil portugais*, p. 2).

Le sens que je propose n'est donc pas écarté par les travaux préparatoires, il est conforme au sens universellement attribué ailleurs au mot rétroactivité. Enfin, ce sens est seul admissible en présence de l'art. 2 C. civ. En effet, j'ai montré, dans le chapitre précédent, qu'en donnant au mot rétroactivité le sens de violation de droits acquis ou un sens analogue, on était amené à ne tenir aucun compte de l'art. 2 C. civ. J'ai montré qu'il était inconcevable de vouloir édifier sur ce texte si concis et si absolu une théorie aussi complexe et dont le principe disparaît sous les exceptions, ou même est juste le contraire de la disposition de l'art. 2 C. civ.

Au contraire, dans mon système ce texte est parfaitement respecté, ne comporte pas d'exceptions, et mon explication cadre parfaitement avec la rédaction de l'article. En effet, il décide d'abord que la loi ne dispose que pour l'avenir. On aurait pu trouver cette règle inutile, attendu que le passé n'est pas dans le domaine des lois. Aussi la ponctuation (:) nous annonce l'explication, l'exposé de la raison de cette disposition ; le sens est alors celui-ci : *La loi ne dispose que pour l'avenir : ce qui veut dire qu'elle n'a pas d'effet rétroactif*. Dans ces conditions, l'effet rétroactif ne peut évidemment consister qu'en une disposition qui ne soit pas pour l'avenir. Or, une telle disposition ne peut être qu'une fiction de préexistence de la loi, car on ne conçoit pas une défense ou une permission s'adressant *effectivement* au passé. On ne défend pas, par exemple, à quelqu'un d'avoir fait quelque chose, mais on peut le traiter comme si ce qu'il a fait avait été défendu alors que c'était permis.

Enfin un dernier argument de texte nous est fourni

par le projet de l'art. 2 qui attribuait effet à la loi interprétative du jour de la loi qu'elle explique — disposition qui a été supprimée non comme inexacte, mais comme inutile —; c'est bien là la fiction de préexistence : la loi interprétative sera censée avoir été promulguée le même jour que la loi interprétée. Or, l'art. 2 présentait cette règle spéciale comme une exception au principe de non-rétroactivité : « *Néanmoins* la loi interprétative, etc... » C'est donc bien que le principe de non-rétroactivité consiste dans la prohibition de l'attribution à la loi de la fiction de préexistence.

Enfin le sens de violation de droits acquis qu'on donne au mot rétroactivité est inadmissible, comme nous le verrons, en présence de l'art. 2 C. civ., car le respect des droits acquis n'est pas susceptible d'une règle formulée sans exceptions et en principe comme la prohibition de la fiction de préexistence.

Car de ce que je me refuse à voir dans l'art. 2 C. civ. la règle du respect des droits acquis il n'en faudrait pas conclure que je pense que le juge doit appliquer immédiatement et absolument une loi nouvelle à l'avenir, sans tenir compte des droits des particuliers que cette loi modifie ou supprime. Une telle application de la loi nouvelle serait prématurée, excessive, et la jurisprudence s'accorde à écarter dans certains cas l'application de la loi nouvelle conformément à certains principes généraux que je vais maintenant rapidement analyser (1).

(1) On pourra voir dans la *Revue trimestrielle de Droit Civil* de 1908, p. 461 s. un très intéressant article de Popoviliev, dont j'ai eu connaissance à la dernière heure, et alors que ma thèse était déjà achevée, grâce à l'obligeance de M. le professeur Lévy. L'auteur y distingue comme moi une série de normes juridiques relatives à l'application des

SECTION II

Principes généraux relatifs à l'application des lois quant au temps.

Je n'ai pas l'intention de construire ici une théorie générale de l'application des lois quant au temps. Cette tâche est beaucoup trop vaste et bien au-dessus de mes moyens. Je me propose simplement d'indiquer les principaux principes de cette théorie, principes dont plusieurs ont été confondus sous le nom de principe de la non-rétroactivité des lois.

§ I

Un premier principe général, c'est que la loi ne dispose que pour l'avenir. C'est le principe formulé dans l'art. 2 C. civ. et nous avons vu dans la section précédente qu'il a pour effet d'interdire absolument au juge dans tous les cas, et sous quelque prétexte que ce soit, d'appliquer la loi avec fiction de préexistence.

lois quant au temps et indique qu'une conception de la rétroactivité analogue à la mienne est exposée dans divers ouvrages d'Affolter, auxquels il renvoie. Mais Affolter n'a pas à concilier sa théorie avec une disposition légale absolue comme celle de l'art 2. C. civ., ce qui lui permet de distinguer quatre sortes de rétroactivité. J'ai dû refuser le nom de rétroactivité aux deux premières, la *rétroactivité ordinaire* et la *rétroactivité renforcée* car nos tribunaux les admettent parfois sans disposition expresse de la loi, ce qui ne peut se concilier avec l'art 2 C. civ. qu'en qualifiant leurs conséquences d'un autre nom que celui d'effet rétroactif. Je réserve donc le nom de rétroactivité à ce qu'Affolter et après lui Popovitch appellent *rétroactivité radicale* et *rétroactivité restitutive* ou *rétablissante*,

Le principe est clair et correspond à la règle concise de l'art. 2 C. civ. Le juge ne donnera effet rétroactif à la loi que si elle est interprétative; d'ailleurs sa rétroactivité sera limitée à la loi interprétée, et encore peut-on dire que la déclaration par le législateur que la loi est interprétative, équivaut à une déclaration expresse de rétroactivité (1).

Cette première règle d'application des lois quant au temps ne lie pas le législateur (2). Nous avons vu qu'on avait voulu en faire une règle constitutionnelle; mais ce principe adopté par la Constitution de l'an III ne fut jamais reproduit dans les autres. D'ailleurs il peut être utile, indispensable même qu'une loi soit rétroactive, soit censée se préexister (3).

La volonté du législateur doit être formulée expressément. La loi est alors censée exister depuis l'époque fixée par le législateur, qui peut être aussi éloignée

(1) J'ai dit plus haut que le juge peut encore donner effet rétroactif à la loi si elle ne fait que conserver un principe de droit naturel sans contredire aucune loi antérieure, car alors le juge peut dire qu'il aurait jugé ainsi même si aucune loi n'avait été rendue. Ce second effet rétroactif n'en est donc à la vérité pas un pour le juge du fait, mais il en est un pour la Cour de Cassation qui ne pourrait intervenir pour la violation du droit naturel, et le pourra pour violation de la loi en la faisant rétroagir avant le fait. Nous avons vu dans le chapitre précédent (Sect. I, §§ I, II) une application de ce principe par la Cour de Cassation; il est vrai que le jugement qui lui était déféré avait bien été rendu pour un fait antérieur à la loi nouvelle, mais postérieurement seulement à cette loi. On peut d'ailleurs contester cette jurisprudence, et dire que la rétroactivité ne doit avoir lieu, dans le silence du législateur, que pour les lois interprétatives; la déclaration que la loi est interprétative serait alors assimilée à une déclaration expresse de rétroactivité, ce que l'on est d'ailleurs forcé d'admettre quand la loi interprétative renferme des dispositions nouvelles, comme cela arrive souvent. (Lassalle, *Droits acquis*, I, 474).

(2) Esmein, *Histoire du Droit public de la Révolution*. — Sagnac, *La législation civile de la Révolution française* (Thèse).

(3) La loi du 21 juin 1843, rétroactive sous couleur d'interprétation, nous en fournit un exemple frappant que j'exposerai plus loin (§ III de la présente section).

qu'on le voudra. Il est bien certain que le législateur fixera en général une époque assez peu reculée, pour éviter les difficultés de preuve et un trop grand bouleversement : on connaît les protestations que souleva la loi du 17 nivôse an II se reportant au 14 juillet 1889, soit plus de 4 ans en arrière (1).

La déclaration que la loi est interprétative équivaut à une déclaration expresse qu'elle sera censée exister du même jour que la loi interprétée. — En dehors de là, le juge ne peut pas donner à la loi d'effet rétroactif.

En quoi consistera exactement l'effet rétroactif? Le juge devra ramener la situation qu'il a à fixer à ce qu'elle serait nécessairement si la loi rétroactive postérieure l'avait précédée. Tel est le principe. Le juge n'aura donc pas à rechercher ce que l'on aurait pu faire si la loi rétroactive postérieure avait été déjà promulguée, mais seulement ce que l'on aurait été forcé de

(1) Lassalle (*Th. systém. des droits acquis*, Traduc. franç., Paris 1904, I, p. 476 s.) prétend que cette loi n'avait pas d'effet rétroactif. « Par la simple abolition des privilèges, dit-il (p. 479), entra de lui-même en vigueur le droit de succession fondé sur l'égalité naturelle de tous les membres de la famille, droit que réalisa la Convention par la loi de nivôse; l'abolition prohibitive de ces privilèges, leur suppression par une loi *coercitive*, étaient nécessairement les suites de la nouvelle *conscience juridique* de la nation amenée par la Révolution française; or, le contenu coercitif de cette conscience juridique était *l'égalité devant la loi*. Restait la question de savoir quand ce changement de la conscience générale de la nation avait été posé en dehors d'elle dans la réalité et était par conséquent devenu *droit*, si bien que les actions individuelles s'y opposant, en tant que contraires à la volonté générale coercitive entrée dans la *sphère du droit* et de la *réalité*, se qualifient par là nulles, et, qui plus est, nulles dès l'époque où elles ont été entreprises. » Or, pour Lassalle, ce « changement de la conscience générale de la nation » remontait au 14 juillet 1789 : la volonté du peuple, en effet, peut s'exprimer, comme le disait Julien, *verbis aut factis*, par des mots et par des actes, et par la prise de la Bastille, le peuple aurait manifesté sa conscience du droit de *l'égalité devant la loi*.

Dès lors certains droits vont résulter de cette conscience, et existeront de ce jour bien qu'ils ne soient reconnus que plus tard dans le droit positif. « Il ne s'ensuit pas qu'il faille faire remonter toutes les lois sans exception, que la Révolution devait, dans son développement, mettre à

faire, et il devra juger comme si on l'avait fait. Par exemple, si une loi nouvelle vient décider que toute donation entre-vifs est interdite et déclare avoir effet même à l'égard des donations qui ne remontent pas à plus d'un an, les biens donnés depuis un an ou moins seront censés n'avoir pas été donnés, et feront retour au donateur s'il est décédé ou à ses héritiers : le juge n'aura pas à rechercher dans ce dernier cas si ce donateur aurait transmis ces biens par testament à d'autres qu'à ses héritiers, s'il avait encore vécu au moment de la promulgation de la loi nouvelle.

Maintenant, il est bien certain qu'il ne sera pas toujours possible de ramener après coup une situation à ce qu'elle aurait certainement été si la loi postérieure l'avait précédée. Le juge sera évidemment impuissant à revenir sur les modifications physiques apportées à la chose par un propriétaire bien qu'il soit réputé

la place des anciennes, au 14 juillet 1789... Car les lois positives que la nouvelle conscience du droit doit produire pour se développer elle-même ne sont contenues en elle qu'en *germe*, c'est-à-dire que ces lois existent *en soi* dans cette conscience, mais comme un *en soi*, une virtualité de l'idée juridique, et non pas encore dans leur détermination positive et développée — comme un *en soi*, une virtualité posée dans la loi et dégagée objectivement. Dans le seul cas où la teneur du nouveau droit était donnée dans sa totalité par la simple négation, sans plus, des privilèges et prérogatives existant jusque-là — mais dans ce cas seulement, on pourrait dire que, puisque cette négation était déjà, en tant que destruction de l'ancien droit par le peuple, passée dans la sphère du droit et même devenue droit, la nouvelle législation n'apparaissait que comme une *déclaration* de ce qu'avait posé l'abolition, émanée de la conscience juridique de tout un peuple et qu'elle était fixée comme un nouveau droit obligatoire. »

Donc pour Lassalle, faire remonter la loi du 17 nivôse de l'an II au 14 juillet 1789, c'était tout simplement faire une loi interprétative de la prise de la Bastille ; et pour lui, une telle loi n'est pas rétroactive, elle ne le serait que si elle déclarait être censée avoir été promulguée dès avant l'époque où elle a été admise par la conscience sociale. Mais nous avons vu qu'en France tout le monde reconnaît la rétroactivité de cette loi : de ce que sa rétroactivité est conforme à la conscience sociale, il en résulte tout simplement que cette rétroactivité n'est pas injuste, mais elle n'en existe pas moins.

après coup ne l'avoir jamais été. Dans ce cas, la loi pourra évidemment décider s'il y aura lieu à indemnités : si elle ne l'a pas fait, le juge devra ramener la situation à ce qu'elle serait, autant qu'il lui sera possible, et sans qu'il y ait lieu à indemnité contre celui qui a été propriétaire, car il ne cesse pas de l'avoir été, et par conséquent d'avoir agi sans faute, il est seulement traité pour l'avenir comme s'il ne l'avait jamais été, ce qui n'est qu'une fiction.

La portée exacte de cette fiction de rétroactivité est donnée par une institution romaine, le *postliminium*. Quand un Romain était pris par des étrangers, il devenait esclave à l'étranger. Mais lorsque, après avoir été fait prisonnier il revenait sur son territoire national, il rentrait en jouissance de tous ses droits, en vertu d'une fiction juridique qui faisait rétroactivement considérer l'individu rentré dans la cité comme n'ayant jamais été dépouillé de ses droits. Ici, il y a bien rétroactivité parce qu'il y a fiction qu'une chose passée n'a pas été faite. Cette idée de fiction constitutive d'un effet rétroactif ressort nettement des textes. Par exemple D. 49. 15, *De captivis et de postliminio, et redemptis ab hostibus*. 5, I (Pomponius) : *Perinde omnia restituuntur ei jura, ac si captus ab hostibus non esset*. D. h. t. 16 (Ulpien) : *Retro creditur in civitate fuisse qui ab hostibus advenit*. — Et encore Inst. I, 12, *Quib. mod.* 5 : *Quia postliminium fingit eum qui captus est semper in civitate fuisse*.

Et puisque ce n'est qu'une fiction après coup, il est bien clair qu'elle se heurtera parfois à des obstacles. Les jurisconsultes romains avaient à ce sujet fait une distinction, qui est rapportée au Digeste (49, 15, *De capt. et post.*). Ils reconnaissaient qu'on ne pouvait

effacer le fait matériel de l'absence, considérer le captif comme ayant continué à vivre avec sa femme restée à Rome, à posséder les choses qu'il y possédait, ce qu'ils exprimaient en disant que le *postliminium* ne s'appliquait pas aux *res facti*; — mais ils regardaient le captif libéré comme n'ayant jamais perdu les droits qu'il avait antérieurement, la propriété de ses biens, la puissance paternelle sur ses enfants, — ce qu'ils exprimaient en disant que le *postliminium* s'appliquait aux *res juris*. — (Sur le *postliminium*, v. Girard, *Manuel de Droit Romain*, 3^e édition, p. 403, 404).

Ces règles sont bien encore celles que le juge suivra dans l'application rétroactive d'une loi, car la rétroactivité n'est qu'une fiction juridique et ne fonctionne pas d'une manière servile et mécanique en anéantissant tout ce qui a été fait contrairement à la loi nouvelle, mais seulement en le faisant considérer comme non avenu.

Cependant on admet en général que la fiction de rétroactivité sera impuissante contre les jugements passés en force de chose jugée, les transactions, les décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée. — C'était la limitation apportée à l'effet rétroactif des lois interprétatives dans le projet de l'art. 2 C. civ. Et on assimile la chose jugée à une impossibilité matérielle, on la répute irréparable, on déclare qu'on ne pourra pas faire comme si elle n'avait pas été jugée, c'est-à-dire n'en pas tenir compte.

Il y a donc deux catégories d'obstacles à l'application rétroactive d'une loi : d'une part les impossibilités matérielles, physiques; d'autre part les impossibilités juridiques. Comme exemple d'impossibilité matérielle, nous pouvons faire l'hypothèse suivante ; la loi du 17

nivôse an II prescrivait l'égalité des partages, et déclarait remonter au 14 juillet 1789 ; par conséquent on décida que ceux qui, depuis cette date, avaient reçu plus que leur part, avaient reçu cet excédent à tort et n'en avaient jamais été propriétaires : ceux qui auraient dû avoir cet excédent furent réputés en avoir été propriétaires du jour du décès du testateur ; mais supposons que celui qui avait reçu un excédent de meubles l'eût dépensé et fût mort insolvable : le véritable propriétaire, d'après la loi du 17 nivôse an II, ne pourra pas le revendiquer, et à plus forte raison ne pourra pas être considéré comme en ayant été propriétaire du jour du décès. C'est là l'obstacle matériel qui rend impossible l'assimilation de la situation à ce qu'elle serait si la loi rétroactive avait réellement été promulguée au jour où on la fait rétroagir. Dans l'hypothèse que j'ai construite par exemple, si la loi du 17 nivôse an II avait été promulguée le 14 juillet 1789, celui qui a reçu l'excédent et l'a dépensé, ne l'aurait pas reçu, et celui qui doit en être propriétaire l'aurait été en effet : et malgré la fiction de préexistence de la loi, on ne peut faire comme s'il l'avait été, par l'excellente raison que cette supposition n'a un sens qu'autant qu'il l'a été en effet par la suite. Il est en effet contraire à la raison de décider que quelqu'un sera censé avoir été propriétaire d'une chose dont en réalité il n'a jamais été propriétaire et dont il ne pourra jamais l'être.

Quant à l'empêchement juridique, résultant de la chose jugée (1), il lie le juge, quand le législateur a seulement déclaré que la loi est rétroactive ou inter-

(1) Mailher de Chassat, *Rétro. des lois*, I, p. 132, n° 7.

prétative. Mais le législateur peut encore ajouter que les jugements pourront être révisés si l'on prétend qu'ils sont contraires à la nouvelle loi : et si cette contradiction est admise, ces jugements seront réputés non avenus (1).

§ 2

Le principe précédent s'applique à toutes les lois quelles qu'elles soient. Il est absolument général, et l'art. 2 bien que placé en tête du Code civil domine l'ensemble du droit, comme l'ont d'ailleurs souvent affirmé les rédacteurs du Code civil. Au contraire, le principe que je vais exposer maintenant ne s'étend pas à toutes les lois : en effet, il ne s'applique que si l'intérêt général et l'ordre public le permettent. Il consiste à écarter l'application immédiate de la loi nouvelle, lorsque cette application serait abusive. C'est ce que j'ai appelé l'application *immédiate et absolue* de la loi nouvelle, ce qu'on pourrait appeler encore une application *prématurée* (2).

(1) J'ai exposé au texte que la loi rétroactive par déclaration expresse du législateur, respecte les jugements passés en force de chose jugée.

Cependant la théorie contraire peut très bien être soutenue : quand une loi aurait été déclarée remonter à une date antérieure à sa promulgation, les jugements rendus depuis cette date, même passés en force de chose jugée, pourraient être déclarés non avenus sur demande des intéressés : cette déclaration pourrait même être obtenue de plein droit. Et à mon avis cette théorie est plus logique, car si le législateur fait remonter sa loi en arrière, c'est qu'il a pour cela des motifs puissants, et il est probable qu'il serait en fait peu équitable que des individus puissent échapper à une mesure certainement dictée par d'impérieuses nécessités.

(2) On verra au Supplément (*Extraits de Goeppert*, ch. II, § 6) que Goeppert conteste la possibilité de faire du principe de non-rétroactivité (c'est-à-dire du principe du respect des droits acquis) une règle de l'interprétation des lois. Cette manière de voir cadre bien avec la mienne,

Ce qui fait que l'on écarte parfois l'application prématurée de la loi nouvelle, c'est qu'on se trouve dans des cas où l'abrogation de la loi ancienne détruit sans nécessité absolue la confiance que des gens ont manifestée dans la durée de cette loi. On continue alors en leur faveur à appliquer la loi abrogée au lieu de la loi nouvelle. Il est bien certain que la loi ancienne n'en est pas moins abrogée, seulement on fait comme si elle ne l'était pas. Ce n'est encore qu'une fiction, c'est une fiction de survie d'une loi éteinte. Si donc la loi nouvelle n'est en contradiction avec aucune loi ancienne, elle s'appliquera immédiatement et absolument, fût-elle en contradiction avec la jurisprudence. (Mailher de Chassat, I, p. 140 s.) (1) (2).

Lorsqu'on écarte l'application de la loi nouvelle par la raison que cette application serait prématurée, c'est qu'on se trouve en face de situations déjà formées sous l'ancienne loi : c'est donc par respect du passé que l'on écarte la loi nouvelle. Et c'est ce qui a amené la confusion. On a dit : puisque si on appliquait la loi nouvelle on n'accorderait pas au passé le respect qui lui

car je ne fais pas ici une règle de l'interprétation des lois du principe du respect des droits acquis, mais bien du principe de la fiction de survie de la loi ancienne. Et Goepfert admet (*loc. cit. in fine*) qu'il doit être possible de trouver ici un principe pouvant être érigé en règle de l'interprétation des lois.

(1) Voici à ce sujet ce que disait Tronchet à la séance du 14 messidor an IV au Conseil des Anciens : « Un simple usage, une simple jurisprudence contraire quelque ancienne qu'elle soit, ne peut limiter le pouvoir du juge ; il ne peut être lié par l'erreur de ses prédécesseurs, il ne peut être lié par sa propre erreur... Combien ne pourrait-on pas citer d'exemples de vieilles erreurs consacrées par la jurisprudence et détruites par la seule autorité de la jurisprudence ? »

(2) Le principe dont s'agit ici peut se formuler sous la forme de cette règle : *Respect de la confiance légitime en une loi existante*. Ce serait la formule à suppléer à la forme traditionnelle : *Respect des droits acquis*. On remplacerait ainsi un élément de droit pur par un élément de droit et de fait combinés.

est dû, c'est que cette application serait rétroactive. Et l'on qualifie généralement de rétroactive l'application que j'appelle prématurée. Car il ne s'agit pas d'une application au passé, mais d'une application à l'avenir qui n'a de rapport avec le passé qu'autant qu'elle en détruit les prévisions : ce qui a peut-être pour résultat de rendre la loi rigoureuse, mais n'a rien à voir avec la rétroactivité dans le sens qui est commandé pour ce mot par l'art. 2 C. civ., c'est-à-dire le sens de disposition pour le passé par fiction de préexistence. Je rappelle en effet que c'est l'art. 2 qui s'oppose absolument à ce qu'on appelle rétroactivité l'application que je qualifie de prématurée : sans ce texte en effet rien n'empêcherait ici l'emploi du terme de rétroactivité (1). Seulement il ne faudrait plus décider qu'en principe la loi n'a pas d'effet rétroactif, mais qu'au contraire elle en a un, sous réserve de ce que commande le principe de la fiction de survie de la loi ancienne. Et si l'on appelle rétroactive l'application immédiate et absolue de la loi nouvelle, il faut ne tenir aucun compte de l'art. 2 C. civ. C'est ce qui résulte très clairement d'un passage de l'introduction à l'édition française de l'ouvrage de Lassalle, par Ch. Andler, p. IX (Lassalle, *Théorie systématique des droits acquis*, traduction française, Paris, 1904) :

« Savigny est le premier qui ait découvert que le principe de non-rétroactivité des lois, inscrit par la Révolution française parmi les droits de l'homme n'a pas de sens pour certaines lois. Il y a des lois qui sont introduites pour rétroagir immédiatement. » Il eût

(1) Affolter parle ici d'*exclusion de la loi ancienne* et non de rétroactivité de la loi nouvelle (V. *Revue trimest. de droit civ.* 1908, p. 490, où d'autres expressions sont encore indiquées).

fallu dire : *Il y a des lois qui sont introduites pour s'appliquer immédiatement* ; car en disant qu'il y a des lois qui rétroagissent immédiatement, l'auteur admet que les autres lois ne rétroagissent que plus tard, mais qu'elles rétroagissent toutes, ce qui est précisément tout le contraire de l'art. 2. Donc en présence de ce texte il est impossible d'employer ici le mot rétroagir (1). Et la pensée de l'auteur s'exprimerait aussi clairement en disant qu'il y a des lois qui doivent s'appliquer immédiatement d'une manière absolue, les autres ne devant s'appliquer absolument que plus tard. Rien n'oblige à appeler rétroactive cette application absolue ; d'ailleurs il faut alors admettre que la rétroactivité est parfois immédiate, parfois suspendue, suivant « que le sentiment public le juge équitable » ou non ; c'est ainsi que la rétroactivité sera immédiate s'il s'agit par exemple « d'une loi qui abolit l'esclavage. » Tout ceci est absolument inconciliable avec la règle de l'art. 2. Et il faut admettre qu'il ne s'agit pas du tout ici d'une application rétroactive ou non, mais d'une application absolue qui sera immédiate ou différée suivant qu'elle sera opportune ou prématurée.

D'ailleurs Lassalle dans cet ouvrage fait bien nettement la distinction entre le principe de non-rétroactivité tel que je l'ai exposé au paragraphe précédent, et le principe que je vais étudier ici, c'est-à-dire le

(1) On verra à la fin de cet ouvrage (Supplément) que les auteurs allemands n'étant gênés par aucun texte, peuvent établir leur théorie de la non-rétroactivité des lois sans commettre les confusions de terminologie où la nécessité de tenir compte des termes de l'art. 2 C. civ. fait souvent tomber les auteurs français. V. notamment Stobbe (*Extraits, Principes généraux* et III) qui base sa théorie sur un double principe, ce qui est impossible chez nous si l'on veut tirer sa théorie de l'art. 2 C. civ.

principe qui écarte ce que j'appelle l'application prématurée de la loi nouvelle. Et de ce qu'il appelle rétroactive cette application prématurée, il en conclut qu'on ne peut donner ce nom à la fiction de préexistence. C'est ce qu'il exprime à la p. 67 du 1^{er} volume : « L'acte par lequel on transforme un fait accompli en fait non accompli ne consiste pas à *rétroagir*; mais à considérer les faits comme non venus. Tous les jours l'on considère comme non venus des événements accomplis, sans qu'il y ait pour cela rétroactivité. Il en est ainsi, par exemple, pour les marchés illicites ou vicieux, au sens où l'entendent les lois en vigueur au moment où ils étaient conclus. Inversement il peut y avoir rétroactivité sans annulation; le cas se produit, si le terme assigné par une ancienne juridiction pour la jouissance d'un droit échoit à un moment où les lois nouvelles ont aboli ce droit. »

Donc Lassalle reconnaît qu'il y a deux théories distinctes et qu'on ne peut confondre. Seulement la deuxième théorie, celle qu'il appelle théorie de la rétroactivité des lois, ne peut recevoir ce nom chez nous, en présence de la rédaction absolue de l'art. 2, car elle comprend deux propositions, l'une déterminant quelles lois rétroagissent, l'autre quelles lois ne rétroagissent pas. Or, si l'on veut tenir compte de l'art. 2 C. civ., il faut que la rétroactivité soit telle qu'en principe aucune loi ne rétroagisse; ce principe pourra certes avoir des exceptions, mais il n'en doit pas moins être général; au contraire le système de Lassalle expose comme aussi générale la proposition qui détermine quelles lois rétroagissent que celle qui détermine quelles lois ne rétroagissent pas. Au surplus voici ses paroles (eod. loc.) :

« Examinons donc cette idée de rétroactivité :

« A. — Nulle loi ne peut rétroagir, si elle ne peut atteindre un individu que par l'intermédiaire de ses actes volontaires.

« B. — Toute loi peut rétroagir, si elle atteint l'individu en dehors des actes de sa volonté, si, par conséquent elle atteint immédiatement l'individu dans les qualités qu'il ne s'est pas données lui-même, qui lui sont communes avec l'humanité tout entière, ou dans celles qu'il tient de la société : ou si elle l'atteint uniquement dans la mesure où elle modifie cette société elle-même dans ses institutions organiques. »

J'aurai à revenir sur cette théorie un peu plus loin. Je me contenterai ici de faire remarquer que sa terminologie est absolument inconciliable avec l'art. 2 C. civ. — Nous ne sommes donc pas dans la sphère de la rétroactivité au sens de l'art. 2 C. civ., mais dans le domaine d'un nouveau principe, le principe de la fiction de survie d'une loi ancienne. J'ai étudié la mise en œuvre de ce principe dans la première partie de cet ouvrage et dans le premier chapitre de la deuxième partie (1).

C'est en effet ce principe que les auteurs étudient principalement sous le nom de principe de la non-rétroactivité des lois. Nous connaissons donc les différents systèmes qui ont été proposés pour décider quel sera le criterium qui fixera les cas où il y aura lieu de faire bénéficier les individus d'une fiction de survie de la loi ancienne. Nous avons vu qu'aucune règle n'avait pu être trouvée. Et cependant il en fallait bien une

(1) Cfr. *Rev. trimest. de Dr. civ.*, 1908, p. 491 s. où Popoviliev distingue aussi le principe de la survie de la loi ancienne du principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle.

puisque l'on voulait arriver à établir en règle « que l'on ferait survivre la loi ancienne dans les cas où l'application de la loi nouvelle aurait eu effet rétroactif. » Il fallait donc de toute nécessité poser les éléments constitutifs de cette règle, et décider d'après quel criterium on reconnaîtrait qu'on était dans un cas où la fiction de survie de la loi ancienne était commandée par l'art 2 C. civ.

Au contraire, maintenant que j'ai montré qu'aucune loi n'exige cette fiction de survie, il est inutile de chercher un criterium introuvable pour en faire une règle de droit. Il est clair en effet que c'est le juge qui décide souverainement en fait dans chaque affaire s'il y a lieu ou non de faire bénéficier les parties d'une fiction de survie de la loi ancienne.

Et ceci est si vrai que c'est d'ailleurs déjà ce qui se passe, puisque, comme nous l'avons vu, c'est le juge qui décide si l'on est ou non dans un cas où la prétendue règle de l'art. 2 C. civ. commande la fiction de survie de la loi ancienne. Tout ce qu'il y a de changé dans le système que j'expose, c'est que la question de savoir si la fiction de survie de la loi ancienne est admissible ou non, échappe à la censure de la Cour de Cassation, ce qui, nous l'avons vu, n'est pas à regretter. C'est donc le juge du fait qui décidera souverainement, c'est-à-dire conformément à la jurisprudence. J'ai déjà montré qu'il n'y a pas à s'inquiéter de l'inexistence de la règle qu'on avait cru trouver dans l'art. 2 sur ce sujet et qu'on nous présentait souvent comme une règle indispensable de sécurité publique. Je rappelle seulement en passant que si cette règle était indispensable elle devrait lier le législateur, ce qu'elle ne fait pas ; et que le juge n'est pas un pou-

voir aveugle et arbitraire, mais l'expression de la conscience collective.

De ce que c'est le juge du fait qui décide souverainement s'il y a lieu ou non d'admettre la fiction de survie de la loi ancienne, il ne s'ensuit pas que cette admission n'obéisse à aucune règle. Il y a en effet sur bien des points une jurisprudence constante, et j'ai expliqué au cours de cette étude qu'un grand nombre de cas étaient incontestés. Quelle est l'idée d'où découlent les principes admis sur cette question ? Sur quoi le juge se base-t-il pour statuer ?

J'ai étudié d'avance la réponse à cette question dans la première partie de cette étude. Le juge accorde la fiction de survie de la loi ancienne quand on est dans un cas où les parties ont un droit acquis à cette fiction, et où l'application immédiate et absolue de la loi nouvelle n'est pas commandée par d'autres principes.

Il y a en effet des cas où la loi nouvelle doit s'appliquer immédiatement et absolument, ces cas exigent ce que j'appellerai une *application parfaite*, c'est-à-dire n'admettent aucune fiction de survie de la loi ancienne. Il en est ainsi des lois auxquelles on admet que l'art. 2 ne s'applique pas, dans la théorie traditionnelle ; c'est-à-dire par exemple les lois constitutionnelles, les lois politiques. Nous verrons au paragraphe suivant qu'il en est de même des lois qui abolissent un droit d'une façon absolue. Nous verrons aussi dans un paragraphe spécial qu'il y a des règles particulières pour les lois pénales. Mais en dehors de ces cas où l'application parfaite est commandée par des règles particulières, le juge accorde la fiction de survie dans les cas où les parties y ont ce qu'on a appelé un droit acquis.

J'ai assez démontré, en reprenant toutes les théories du droit acquis et les modifications qui leur ont été apportées qu'il a été impossible de définir le droit acquis de façon à constituer en règle de droit pour le juge le respect de ce droit dans les cas où l'application parfaite de la loi nouvelle n'est pas obligatoire. Les auteurs n'en ont pas moins cherché à établir cette règle, qui leur paraissait indispensable puisqu'ils croyaient en trouver la substance dans l'art. 2 C. civ.

Mais maintenant que j'ai démontré que l'art. 2 C. civ. doit être limité à une tout autre question, je ne comprends plus la nécessité d'établir un principe spécial du respect des droits acquis. Je me borne à constater que le juge accorde parfois la fiction de survie de la loi ancienne à des individus, sans qu'aucune loi ne fixe les cas où cette fiction doit être accordée ni même n'autorise cette fiction. J'en conclus que cette fiction est commandée par un principe supérieur d'équité, qu'elle se rattache à la notion du juste et de l'injuste. Et par suite la Cour d'appel devrait décider souverainement si cette fiction doit ou non être admise dans un cas donné; et il est bien certain que quand la Cour de Cassation intervient sous prétexte de violation de l'art. 2 C. civ., elle fonctionne comme Cour supérieure d'équité (1), ce qui n'est pas du tout compris dans la limite de ses attributions.

Donc quand le juge sera dans un cas où l'application parfaite de la loi nouvelle ne lui sera pas imposée, il décidera en équité s'il y a lieu ou non d'accorder

(1) La Cour de Cassation est bien obligée de juger en équité quand on lui soumet des questions relatives à l'application d'une loi nouvelle : il y en a eu de nombreux exemples lors de la promulgation du Code civil. (V. par exemple Mailher de Chassat, I, p. 136, n° 2; et p. 142, n° 3).

aux parties une fiction de survie de la loi ancienne. La décision du juge sera le reflet de sa conscience et ceci explique le rôle important que jouent les circonstances du fait (1).

Le juge aura donc à peser d'un côté l'intérêt général, de l'autre l'intérêt des parties. Peser l'intérêt général, c'est rechercher jusqu'à quel point l'ordre public est intéressé à une application parfaite de la loi nouvelle. Je ne veux pas entreprendre ici une étude sur l'ordre public. Je rappellerai seulement que la notion d'ordre public est essentiellement variable avec le temps, le lieu et l'individu. Ce premier élément d'appréciation ne peut donc être précisé par aucune règle spéciale, mais doit être abandonné à la conscience du juge.

Comment le juge pèsera-t-il l'intérêt des parties ? Je veux bien admettre, pour me conformer à la terminologie universellement admise, que le juge recherchera pour cela jusqu'à quel point les parties ont un droit acquis à la fiction de survie de la loi ancienne. Seulement je ferai remarquer tout de suite que la notion de droit acquis n'est pas plus susceptible de règles spéciales que la notion d'ordre public et doit être abandonnée elle aussi à la conscience du juge.

Blondeau que l'on nous représente comme ayant posé les premières règles d'application de la loi nouvelle, reconnaît au contraire comme moi que le juge apprécie souverainement dans le système de la législation française. Il le regrette, il est vrai et souhaite qu'on arrive à formuler des règles, mais il n'en est

(1) C'est ce qu'on relève dans de nombreux arrêts qui ont reçu fortement l'empreinte des circonstances de fait : par exemple l'arrêt prohibant la vente des gravures que j'ai déjà cité (Cass. 9 déc. 1836, S. 36. 1. 905). V. ci-dessus, p. 144 s.

pas moins certain qu'il constate l'absence de toute règle dans notre droit. Rappelons ici ses paroles : « Peut-on abandonner aux juges le soin de recourir aux principes de l'utilité sociale, pour y puiser le motif de leur décision ? C'est ce qu'a fait le législateur français. »

Plus tard, les auteurs ont voulu donner du droit acquis une définition précise qui obligerait le juge à respecter toute situation répondant à la définition. Nous avons assisté à la faillite de tous les systèmes qui ont été proposés. Et nous avons vu que malgré eux en pratique les tribunaux avaient gardé leur indépendance tout en paraissant les respecter.

De ce que je démontre que la liberté du juge n'est limitée en réalité par aucun texte relativement aux cas où il doit différer l'application parfaite de la loi nouvelle, il n'en faudrait pas conclure que je prétends qu'aucune règle ne peut être ici formulée. Certes j'ai expliqué que l'indépendance du juge ne présente pas des dangers aussi graves qu'on le dit parfois et n'entraîne pas la disparition de « l'ombre même de la sécurité. » Mais c'est une question que je réserve et que je ne prétends pas résoudre que de savoir s'il n'y aurait pas lieu de poser ici une règle, et même si cette règle ne devrait pas s'imposer au législateur lui-même, c'est-à-dire être inscrite dans la Constitution.

A ce sujet nous savons que la règle ne peut être basée sur l'idée du respect de certains droits que nos auteurs appellent des droits acquis : on ne peut en effet donner un criterium qui permette de diviser les droits en deux catégories d'après leur nature, les uns étant les droits acquis, les autres ceux qui ne le sont pas et qu'on appelle les simples facultés. Mais il me

semble qu'il serait très possible de prescrire par une loi la fiction de survie de la loi ancienne, en faveur de ceux qui ont un droit acquis dans le sens où Lassalle entend cette expression « l'idée de droits acquis, dit-il (1), ne s'applique qu'aux droits procurés à l'individu par un acte volontaire et *rendus siens* par celui-ci. »

Je vais exposer rapidement la règle que propose Lassalle, et qu'on trouvera *in extenso* dans son ouvrage, tome I, p. 65 à 388. J'emploierai ici la même terminologie que lui, en rappelant encore que l'art. 2 C. civ. la rend inadmissible chez nous, et que ce qu'il appelle *application rétroactive* de la loi n'est autre chose que ce que j'ai appelé *application immédiate et absolue*. Dire qu'une loi ne peut rétroagir, pour Lassalle, revient donc à dire que son application doit être différée par une fiction de survie de la loi ancienne.

Ceci posé, je rappelle d'abord la règle de Lassalle que j'ai citée un peu plus haut : « Nulle loi ne peut rétroagir, si elle ne peut atteindre un individu que par l'intermédiaire de ses actes volontaires. » L'auteur justifie ensuite ainsi cette règle. D'abord dans l'idée de loi est impliquée la nécessité d'une application immédiate, d'une autorité absolue à laquelle toute conscience doit se soumettre. « Ainsi, la rétroactivité pourrait tout d'abord paraître la conséquence aussi naturelle que nécessaire de l'état actuel de l'intelligence et de la conscience sociales; aucun objet ne saurait se soustraire à cette clarté nouvelle ou prétendre apparaître sous le même jour que par le passé (2).

(1) *Théor. syst. des dr. acquis*, I, p. 74.

(2) On voit clairement par ces mots « apparaître sous le même jour que par le passé », qu'il s'agit bien ici d'une survie du passé dans l'avenir, et non d'un effet dans le passé.

Cela est si vrai que, comme nous l'allons bientôt voir la période de beaucoup la plus longue de l'histoire de l'humanité et du droit était absolument régie par le principe de rétroactivité considéré comme très naturel. L'idée de non-rétroactivité n'est qu'un produit ultérieur de l'esprit historique. »

Mais à côté de ce principe de l'autorité immédiate et absolue de la loi, se place la conception de la rétroactivité, qui n'est pas autre chose que l'idée *d'un empiètement sur la liberté et la responsabilité de l'homme*. « C'est pour cette raison unique que la rétroactivité est inadmissible. »

En effet, le droit privé, d'une façon générale, n'est pas autre chose que *la réalisation du libre arbitre de l'individu*. « Si donc, par une loi ultérieure, l'action volontaire de l'individu est atteinte rétroactivement (1), sa volonté est altérée, transformée en une autre volonté; c'est pourquoi un juriste français (Toullier) a pu, d'une façon très heureuse, appeler la rétroactivité « un piège tendu aux individus par le législateur. » Si vaste que soit la puissance d'un législateur, jamais elle *ne saurait faire* qu'un individu ait voulu *autre chose* que ce *qu'il a* réellement voulu. Ainsi une loi rétroactive attribue après coup à l'individu des intentions, des actions différentes des siennes, elle lui fait donc violence et pèche gravement contre l'idée qui régit le droit tout entier, l'idée de la réalisation du libre arbitre. Ainsi une semblable loi n'est pas une loi, elle est *la consécration de l'injustice absolue, la*

(1) N'oublions pas le sens de ce mot dans Lassalle : toute modification d'une volonté déjà exprimée est une atteinte rétroactive à cette volonté, même si elle respecte les effets déjà produits et ne vise que les effets à venir. Pour qu'elle ne soit pas rétroactive, il faudrait que la règle nouvelle ne s'applique qu'aux volontés non encore exprimées.

négarion de tout droit. Il apparait donc ici de la façon la plus évidente, en dépit des affirmations contraires bien souvent formulées, puis réfutées, que le principe de non-rétroactivité avec ses conséquences a une valeur de droit naturel. . . Aussi c'est avec raison que Benjamin Constant et la Déclaration des droits ont pu qualifier de crime la rétroactivité de la loi. »

Au contraire, quand on n'est pas dans un cas où ce serait un *acte volontaire*, une *manifestation de la volonté individuelle* qui serait supprimée ou dénaturée par une loi ultérieure, la loi recouvre sa puissance immédiate et absolue. « Les droits que la loi comme telle confère à l'individu, ceux à l'acquisition desquels sa volonté n'a aucune part, ne sont que des qualités générales et des facultés générales qui n'existent que par les lois qui les concèdent et, par conséquent, doivent disparaître avec elles.

« La loi est l'expression de la conscience juridique de la nation tout entière.

« Tout droit codifié n'est en tant que tel et l'existence légale même de l'individu n'est donc qu'une détermination établie par l'esprit général évoluant continuellement : c'est pourquoi, dès qu'une nouvelle détermination est établie, l'individu doit aussitôt en profiter avec le même droit qu'il profitait de la précédente. Ce qui est immuable, pour l'individu, c'est ce que par ses propres actes et sa propre volonté il a fait dériver, par des voies légales, de ce courant, ce qu'il en a ainsi *rendu sien*. »

Tel est le système de Lassalle. Sans vouloir l'apprécier, je reconnais que l'on peut très bien soutenir qu'il serait souhaitable que ces règles soient sanctionnées législativement ou même constitutionnellement.

Cependant il faut bien remarquer que le juge se conformera la plupart du temps à ces règles; par exemple la loi qui recule la majorité s'applique à ceux qui étaient majeurs mais n'ont pas encore le nouvel âge; mais leurs actes sont maintenus. On voit ici une application très nette des deux règles de Lassalle.

Et l'on peut croire qu'il vaut encore mieux que les pouvoirs du législateur et même ceux du juge ne soient pas restreints, car il pourra parfois lui sembler plus juste de donner des solutions contraires à ces règles.

C'est ainsi qu'on a déclaré recevable le divorce pour des faits antérieurs à son rétablissement, par la loi du 27 juil. 1884. Lassalle critique un arrêt dans le même sens de la Cour d'appel rhénane de Cologne (22 juil. 1850); et cependant cet arrêt avait été confirmé par la Cour de Cassation de Berlin (20 juin 1851) (Lassalle, *op. cit.* I. p. 91, n° 1).

En résumé, chez nous le principe est que toute loi doit recevoir une application parfaite, en vertu de son autorité absolue (1) : seulement le juge différera cette application lorsqu'il pensera qu'elle serait injuste si elle était immédiate (c'est-à-dire lorsque l'application serait *prématurée* pour employer la terminologie que j'ai proposée). Le juge ne pourra d'ailleurs différer l'application d'une loi nouvelle que si elle est contraire à une loi ancienne à l'application *posthume* de laquelle les parties prétendent avoir un droit acquis. Et nous avons vu que le juge apprécie souverainement si elles ont ce droit, aucun texte n'ayant statué. Nous savons d'ailleurs qu'en définitive il en est de même dans la

(1) Aubry et Rau, I. p. 98 et 99.

théorie traditionnelle qui prétend trouver cette règle dans l'art. 2 C. civ. sauf ce que j'ai dit du recours en cassation qui devient irrecevable dans ma théorie.

En Allemagne le nouveau Code n'a pas de principe de non-rétroactivité (sens classique) : les règles sur l'application des lois « sont abandonnées par le législateur allemand, à la science et à la jurisprudence » (1). Le nouveau Code se range ainsi à l'opinion des jurisconsultes pour qui la rétroactivité est une question d'interprétation et peut être admise si l'intention du législateur résulte clairement de la loi ou de tout autre circonstance (2).

« La tendance incontestable du Code civil allemand est de faire de la question de la rétroactivité une question d'espèces, sur lesquelles la loi d'Introduction donne des indications : les juges feront le reste. » (3).

§ III

Nous avons vu au paragraphe précédent que la fiction de survie de la loi ancienne était accordée par le juge, qui appréciait librement. Je rappelle d'abord ce que je disais en tête du paragraphe précédent, à savoir que cette fiction n'est possible que pour certaines lois. En effet le juge ne pourra écarter librement l'application immédiate et absolue de la loi nouvelle quand

(1) Code civile allemand et loi d'Introduction traduits et annotés, p. 1.

(2) V. les références dans Révérand, *Etude sur le principe de la non-rétroactivité des lois en matière civile*, p. 25, n. 2.

(3) Révérand, p. 27.

l'intérêt général et l'ordre public seront en cause (1). Et nous savons que l'on s'accorde à soumettre à cette règle les lois constitutionnelles, les lois politiques et administratives, les traités diplomatiques, les lois de police et de sûreté, les lois sur l'organisation des pouvoirs publics, les lois sur la compétence et la procédure, les lois sur l'exécution forcée, les lois prescrivant des formalités conservatoires, les lois d'ordre public. L'application de ces lois n'est restreinte que par la règle de la non-rétroactivité telle que je l'ai exposée au § 1 de la présente section.

Cependant pour les autres lois, c'est-à-dire pour celles dont l'application peut être différée pour faire place à une fiction de survie de la loi ancienne, les auteurs modernes ont dégagé deux règles d'interprétation qui semblent bien absolument générales, et que seul le législateur pourrait violer. Elles ne sont d'ailleurs écrites dans aucun texte, et le juge lui-même pourrait s'y soustraire. Mais la jurisprudence s'y conforme. Ces deux règles sont en sens inverse : la première prescrit l'application immédiate et absolue, l'autre l'écarte, sans que le juge ait à apprécier.

Cette première règle est ainsi formulée par Aubry et Rau : « Les lois qui suppriment certains droits d'une manière absolue ou qui en modifient les caractères ou les effets légaux, s'appliquent immédiatement et absolument. J'ai étudié cette règle au chapitre précédent (Sect. I, § II, alinéa I), je n'y reviendrai pas.

La seconde règle décide que la forme des actes est réglée définitivement par la loi en vigueur au moment

(1) Il ne faudrait pas en conclure que l'application de la loi sera toujours, dans ce cas, immédiate et absolue. La jurisprudence admet des tempéraments. V. le chapitre précédent, Sect. I, § II, alinéa II (ci-dessus p. 141 s.).

où l'acte est passé, et que le juge doit toujours se placer à ce moment pour apprécier cette légalité. C'est une règle analogue à la règle *Locus regit actum* et qu'on pourrait formuler *Tempus regit actum* (1). Lors donc qu'un acte a été fait dans les formes prescrites, et qu'une loi vient modifier ces formes, le juge ne peut décider que cet acte sera désormais sans effet. Et inversement il ne peut valider un acte conforme à la loi nouvelle, mais qui n'avait pas été fait dans les formes prescrites par la loi en vigueur au moment où il avait été passé.

Le législateur n'est pas lié par cette règle. Et il l'a violée dans une loi bien connue, la loi du 21 juin 1843 qui dispose dans son article 1 : *Les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 vent. an XI ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes.* Cependant de tels actes n'avaient pas observé les formes requises au moment où ils avaient été passés ; l'art. 9 de la loi du 25 vent. an XI dispose en effet : *Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé.* Mais la violation de la règle était commandée ici par l'intérêt général, car alors on aurait pu faire annuler tous les actes notariés où le notaire en second et les deux témoins n'auraient pas été présents : et c'était le cas de la plupart des actes.

C'est en vertu de cette règle que le testament est valable si le testateur a observé les formes prescrites

(1) On retrouvera cette règle dans la doctrine allemande. V. par ex. Supp. *Extraits de Stobbe*, III, 1^o.

au moment où il l'a fait, alors même que d'autres formes sont exigées au moment de son décès. La jurisprudence et la doctrine sont définitivement fixées en ce sens. J'ai déjà indiqué que certains de nos anciens auteurs décidaient que le testament n'était valable que s'il remplissait les conditions prescrites au moment du décès du testateur, parce que ce n'est que depuis ce moment que les héritiers avaient un droit acquis à se prévaloir de ce testament. (V. notamment Mailher de Chassat, II, p. 2 à 37).

Cette règle ne s'applique absolument qu'à la forme des actes. On a voulu l'étendre plus ou moins, mais il faut alors admettre des tempéraments.

C'est ainsi que beaucoup d'auteurs décident que c'est toujours la loi en vigueur à l'époque où un acte a été accompli qui devra s'appliquer, quand il s'agira de savoir de quelle manière l'existence de cet acte peut être prouvée. Mais cette règle me semble devoir être écartée dans certains cas (1). Ce sera par exemple lorsqu'une loi nouvelle supprimera comme immoral un mode de preuve jusque-là admis : Delacour cite des arrêts en ce sens. La question est discutée quand la loi nouvelle introduit un nouveau mode de preuves. La règle n'est donc certaine que pour les lois qui suppriment un mode de preuve et qu'autant que ce mode de preuve n'a rien d'immoral.

C'est ainsi encore que certains auteurs décident que la résolution des contrats, dépendant comme leurs effets de la volonté des parties contractantes, doit être régie par la loi en vigueur lors de la convention, car les parties sont censées avoir stipulé la résolution

(1) Ces cas sont indiqués par Delacour, *De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve*. Thèse, Paris, 1905, p. 132 s.

dans les termes où cette loi l'établissait. Mais cette règle n'est pas toujours suivie par la jurisprudence. C'est ainsi que l'art. 1912 C. civ. qui introduit une cause de résolution inconnue dans notre ancien droit, ne devrait pas être appliqué aux contrats de constitution de rentes perpétuelles, faits avant que cet article ne fût devenu obligatoire. Et cependant la jurisprudence est en grande partie en sens contraire (1).

C'est ainsi encore que presque tous les auteurs décident que les effets des contrats sont régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés; qu'ils ne seraient pas modifiés par une loi nouvelle qui viendrait régler ces effets d'une manière différente.

Mais cette règle n'a jamais été admise en jurisprudence d'une manière absolue. Merlin (2), et après lui quelques auteurs ont proposé une distinction entre les effets et les suites des contrats : la loi nouvelle pourrait bien modifier les suites des contrats antérieurs, mais non leurs effets. Seulement ces auteurs n'ont jamais pu se mettre d'accord sur un criterium qui distinguerait les effets des suites des contrats. Et la jurisprudence ne s'est jamais astreinte à une règle fixe. Je rappelle à ce sujet les nombreuses controverses qu'a suscitées l'art. 1912 et les diverses solutions qu'a données la jurisprudence (3).

(1) V. les arrêts ainsi que des indications de doctrine dans le C. civ. annoté de Fuzier-Herman, art. 1912, n° 1-3.

(2) Merlin, Rép., t. XVI, V° *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3.

(3) Je puis encore citer un arrêt récent qui montre que la jurisprudence n'admet ici aucune règle fixe, mais s'en tient aux circonstances du fait. C'est un arrêt de la Cour d'Orléans du 15 mars 1893 (D. 93. 2. 466). Cet arrêt décide que la loi du 27 déc. 1890 qui autorise les tribunaux à allouer des dommages et intérêts en cas de résiliation non justifiée d'un louage d'ouvrage à durée indéterminée est applicable aux congés régulièrement signifiés avant sa mise en vigueur. En note, Planiol critique

Il n'y a donc pas lieu de formuler une règle spéciale pour les lois modifiant les effets des contrats. Il en est de ces lois comme de toutes celles dont l'application immédiate et absolue n'est pas commandée par un principe supérieur. Le juge écartera l'application de ces lois à l'égard des contrats antérieurs, quand cette application lui semblera prématurée, et il continuera alors à apprécier les effets de ces contrats conformément à la loi en vigueur au moment où ils ont été passés grâce à une fiction de survie de cette loi. A cet égard le criterium de Lassalle me semble ici, comme ailleurs, rigoureusement exact. Le juge bien que libre de statuer, n'appliquera jamais la loi nouvelle à un contrat antérieur, dit Lassalle, quand cette application aurait pour résultat de faire produire au contrat des effets non voulus par les parties : car ce serait baser sur leur volonté des effets que cette volonté n'a pas prévus et qui seraient sans fondement. C'est ce qu'aucun juge ne consentira à faire, sans qu'il soit besoin d'une loi pour le lui défendre. « Pour le moins nous plaindrions le juge qui aurait à apprendre cette vérité dans les Constitutions de l'Etat, au lieu de l'apprendre dans les Constitutions du Droit. » (Lassalle, I, p. 71, note 4).

cet arrêt et en cite un en sens contraire de la Chambre des requêtes (rapporté D. 93. 1. 434).

Il n'en est pas moins vrai que la jurisprudence ne suit ici aucune règle fixe, et n'accorde la survie de la loi ancienne pour régler les effets d'un contrat que si l'application immédiate et absolue de la loi nouvelle ne lui paraît pas préférable dans les circonstances de l'affaire.

De même on peut voir des arrêts contradictoires relativement à la loi des 28 mars-8 avril 1885 relative aux marchés à terme, dans une note de Labbé (rapportée dans S. 86. 2. 1 s.); v. aussi une dissertation de Sarrut (en note dans D. 85. 2. 121 s.). Je relève en passant l'affirmation par cet auteur que la formule de l'art. 2 C. civ. « n'est pas absolument exacte », ce qui n'est pas fait pour surprendre, car il est bien difficile à un auteur consciencieux de concilier la formule de cet article avec l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.

Donc le juge devra écarter ici l'application de la loi nouvelle quand cette application aurait pour effet de faire comme si les parties avaient voulu plus ou moins qu'elles n'ont voulu. Une telle application serait choquante, ce serait ce que j'ai appelé une application prématurée.

Ce principe a été notamment respecté lors de l'annexion de la Savoie et du comté de Nice à la France, relativement aux contrats de mariage. Le régime matrimonial des personnes qui s'étaient mariées avant l'annexion sous l'empire des lois italiennes fût respecté et on continua à lui appliquer le Code sarde. Le Code napoléonien ne fut appliqué qu'à l'égard des mariages postérieurs à l'annexion. Il y a sur ce point de nombreux arrêts (V. notamment Chambéry, 1^{er} avr. 1896, D. 96. 2. 432; et 26 juil. 1899, D. 05. 1. 189).

Avant de terminer ce paragraphe, je ferai remarquer que l'application aux situations antérieures d'une loi prescrivant une formalité conservatoire n'est pas contraire à la règle que je viens de poser : *Tempus regit actum*. Nous savons, en effet, qu'une telle loi s'applique même aux situations antérieures, la doctrine récente et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Cependant nos anciens auteurs prétendaient qu'une telle loi ne devait s'appliquer qu'aux droits à venir, parce qu'on était dans un cas où la fiction de survie de la loi ancienne est commandée par le respect dû à la volonté des parties manifestée dans les formes alors prescrites. Mais cette volonté est bien respectée pourvu qu'on accorde un délai suffisant pour remplir la formalité nouvelle. Et quand le délai est accordé, la loi prescrivant une forme nouvelle peut s'appliquer absolument sans violer aucun principe. Lassalle cite

des exemples (I, p. 183 s.). Et il ajoute (p. 195) : « Jamais l'activité du concept ne s'est manifestée sous une forme verbale aussi claire que celle-ci, qui exprime si nettement la conséquence développée par nous au début du présent paragraphe.

« Ce qui est étonnant, c'est que Merlin, en dépit de ces paroles si claires qui, comme nous l'avons déjà remarqué, expriment d'une façon limpide et définitive la vérité et l'unique teneur du concept de rétroactivité, ne se soit pas élevé jusqu'au *concept* lui-même et partant jusqu'au véritable fondement théorique de la conséquence qu'il tire lui-même. Mais c'est là une particularité commune à tous les Français : ils sont sous l'empire impulsif du concept véritable et néanmoins ne parviennent pas à se l'expliquer clairement. »

§ IV

Enfin je pense qu'il faut faire une catégorie à part pour les lois pénales à cause de la disposition de l'art. 4 C. pén. qui supprime ici le pouvoir d'appréciation du juge. Cet article prouve bien que l'art. 2 C. civ. n'a pas été considéré ici comme suffisant par le législateur. Cependant Lassalle prétend que les règles ordinaires qu'il pose pour l'établissement du principe de non-rétroactivité suffisent pour entraîner la mise en œuvre du principe *Nulla poena sine lege*. Car, dit-il (I, p. 69) le criminel lui-même, au moment où il est condamné et pendant qu'il subit sa peine, est considéré comme un être jouissant de son *libre arbitre*; car il savait bien quelle peine était attachée à son crime, et, s'il l'a néanmoins commis, il s'est exposé, par son *libre*

choix, à des conséquences qu'il *connaissait* d'avance. S'il ne mesure *pas* l'importance et la portée de son acte, la loi l'acquitte comme irresponsable. Donc on ne doit pas admettre la rétroactivité; autrement l'individu pourrait dire au législateur et au juge : « Si à telle ou telle époque passée la loi avait attaché à mon acte telle ou telle conséquence je ne l'aurais pas commis. Car j'étais *libre* de le faire ou de ne pas le faire. » Si, malgré cette objection, on le condamne, on ne pourra plus dire de cette condamnation qu'elle est la conséquence de son *libre choix*, de sa *volonté consciente*, de sa *liberté*; ce sera une *violence* réelle et perfide. » Sans vouloir discuter cette théorie, je dirai cependant qu'il me semble peu exact de dire qu'au moment où le délinquant a commis son délit il a voulu encourir la peine alors en vigueur à l'exclusion de toute autre peine. D'ailleurs cette explication se heurte à la solution donnée par les lois de commutation de peine en une peine plus douce, que l'on applique aux délits antérieurs, ce qui est contraire à cette solution, puisque d'après elle c'est faire produire à la volonté du délinquant des effets qu'elle n'a pas voulus, ce qu'elle prohibe absolument.

Donc pour l'application des lois introduisant ou augmentant une pénalité à des délits antérieurement commis, le pouvoir d'appréciation du juge, que j'ai admis en droit privé, est écarté par l'art. 4 C. pén. Quant à l'effet rétroactif tel que je l'ai défini, il est écarté ici comme partout par la portée absolue que j'ai attribuée à l'art. 2 C. civ., conformément au texte et à l'esprit de cet article (1).

(1) L'application d'une loi pénale nouvelle est même reportée à une date postérieure à sa promulgation dans certains cas par le décret du 5 nov. 1870 (délai de trois jours d'excusabilité du coupable).

Enfin, j'ai consacré un alinéa du chapitre précédent aux autres règles particulières du droit pénal, je n'y reviendrai pas ici.

J'ai ainsi analysé ce que l'on appelle le principe de non-rétroactivité des lois, et j'ai démontré qu'en réalité on amalgame sous ce nom diverses règles relatives à l'application des lois dans le temps. La raison de cette confusion est que la notion de temps est un des éléments de toutes ces règles. Mais pour moi le principe de non-rétroactivité proprement dit est basé exclusivement sur cet élément. Quand un principe repose en même temps sur d'autres éléments, il est bien encore question de l'application des lois dans le temps, mais ce n'est plus le principe absolu de non-rétroactivité, mais un autre principe, basé suivant les cas, sur des considérations de justice, d'équité, d'ordre public ou d'humanité.

Quant au principe de non-rétroactivité proprement dit, on affirme d'ordinaire qu'il est de droit naturel, que la loi rétroactive n'est pas une loi, que la rétroactivité est un crime. Je ne le pense pas. Il est certain que la plupart du temps la rétroactivité apparaîtra comme une injustice, une monstruosité, mais elle pourra parfois être absolument commandée par l'ordre public lui-même : tel a été le cas de la loi du 21 juin 1843 validant *ab initio* des actes notariés entachés de nullité.

Quoi qu'il en soit ce principe est établi par notre Code comme un principe absolu de droit positif. Nous avons vu que les auteurs étaient obligés de ne tenir aucun compte de la rédaction en termes absolus de

l'art. 2 C. civ. pour faire sortir de ce texte l'ensemble de règles qu'ils comprenaient sous le nom de principe de non-rétroactivité. Au contraire, et c'est là la raison d'être de cet ouvrage, le principe de non-rétroactivité tel que je l'ai établi, débarrassé de toutes les règles qui lui sont étrangères, a une portée absolue comme le texte lui-même. Je donne donc ainsi de l'art. 2 une interprétation simple et précise concordant avec le texte, et j'établis qu'en dehors de la rétroactivité proprement dite le juge n'est lié par aucun texte, mais seulement par les principes dont il a à déterminer la sphère d'application suivant les circonstances de chaque affaire. Ce pouvoir d'appréciation du juge est la conséquence même de mon exposé. — Dans l'opinion classique au contraire, le juge, je l'ai montré, a bien le même pouvoir en fait, mais il doit pour légitimer ses décisions, décider qu'il y a ou non droit acquis : et j'ai indiqué qu'aucune règle d'ensemble n'a pu se fonder sur les diverses décisions de jurisprudence qui sont très variables et souvent contradictoires.

L'utilité de mon ouvrage est expliquée par cette phrase qui termine la thèse de Révérand (1) : « Il n'est pas admissible que dans une législation bien faite, il existe des textes au sujet desquels l'accord ne se fait que sur un point : leur méconnaissance. »

(1) *Etude sur le principe de la non-rétroactivité des lois en matière civile*, Paris, 1907.

CONCLUSION

J'ai montré que le principe de non-rétroactivité des lois n'est que l'un des principes relatifs à l'application des lois dans le temps. Le plus intéressant de ces principes est sans contredit le principe que j'ai ainsi formulé : *La loi nouvelle doit être écartée par une fiction de survie de la loi ancienne quand son application immédiate et absolue serait prématurée*. Ce principe n'est formulé dans aucun texte législatif (1). Et cependant tous les droits européens l'admettent. On peut voir dans Lassalle (op. cit. I, p. 750 s.) qu'il n'en est pas de même en Asie où toute loi nouvelle s'applique immédiatement et absolument (*principe de l'application parfaite*). Je ne veux pas étudier la question de savoir si ce principe est un principe de droit naturel, comme on le prétend communément : la question dépend surtout de ce que l'on entend par droit naturel (2). En tout cas on a pu voir dans la première

(1) On a voulu le voir absolument dans l'art. 2 C. civ. sous prétexte de sécurité. Mais cette défiance du juge n'est pas fondée, comme je l'ai montré. Et d'ailleurs en Allemagne il n'y a aucun texte semblable dans le Code.

(2) Pour Lassalle, la non-rétroactivité bien que n'existant pas partout est cependant de droit naturel ; mais le droit naturel n'est qu'un droit historique, variable avec les temps et les milieux. Dès lors le droit naturel peut commander la rétroactivité chez un peuple, la non-rétroactivité chez un autre. (Lassalle, op. cit. I, 81 à 85.)

partie de cette étude que la sphère d'application de ce principe varie avec le temps. En effet, quand le juge accorde à des parties une fiction de survie de la loi ancienne, on dit que ces parties ont un droit acquis au maintien de cette loi. Mais si l'on compare les cas où ce droit acquis est reconnu aux parties aux différentes époques, on peut voir que cette notion de droit acquis évolue.

A l'origine, tout droit qui est dans notre patrimoine, qu'un tiers ne peut nous enlever, dont nous pouvons disposer est un droit acquis. — *C'est l'ère du respect de la propriété individuelle.*

Puis, à mesure que le droit se socialise, la notion de droit acquis se restreint : il n'y a plus droit acquis dès lors qu'un droit est dans notre patrimoine et que nous en avons la libre disposition, il faut encore qu'il y ait pénétré par l'effet d'un acte de notre volonté. — *C'est l'ère du respect de la volonté individuelle.*

Enfin cette notion disparaît complètement dans les formes les plus modernes et les plus socialistes du droit. Ainsi on a pu dire que l'arbitrage collectif est la négation de tout droit acquis entre patrons et ouvriers, car la décision s'applique immédiatement même aux contrats de travaux antérieurs, bien qu'il y eût un droit entré dans le patrimoine des parties par un acte de leur volonté. — *C'est l'ère de la suprématie de la volonté collective.*

SUPPLÉMENT

Préliminaires.

Il m'a paru intéressant en terminant mon ouvrage de donner quelques extraits de deux publications récentes d'auteurs allemands sur la matière qui m'occupe. Je dois à la bienveillante science de M. le Professeur Huvelin les indications nécessaires pour mener à bien cette tâche.

On pourra voir, par comparaison avec les théories similaires des auteurs français, que j'ai étudiées dans la première partie de ma thèse, que les auteurs allemands, n'étant pas gênés par une disposition du droit positif telle que celle de l'art. 2 C. civ., ont évité les confusions de terminologie dans lesquelles, comme on l'a vu, sont si souvent tombés les auteurs français.

La théorie allemande de la non-rétroactivité des lois repose en effet sur un double principe (1) permettant d'expliquer facilement les deux séries opposées de règles que l'on rencontre toujours dans cette matière. Les auteurs français au contraire ont cherché à étayer leur théorie sur un principe unique pour se conformer à la disposition impérative de l'art. 2 C. civ.

J'ai montré qu'aucune de leurs théories n'était satisfaisante (2).

(1) Goeppert prétend bien à la vérité (ci-dessous, § 6, *in fine*) qu'on peut, à l'aide d'une règle unique, solutionner la question de savoir si une loi nouvelle doit être immédiatement appliquée ; mais la mort ne lui a pas laissé le temps de terminer l'élaboration de sa théorie, et la publication incomplète qui en a été donnée est très difficilement intelligible.

(2) Pour les dispositions des législations étrangères sur la rétroactivité des lois, v. Révérand : *Etude sur le principe de la non-rétroactivité des lois en matière civile* (p. 19-28). Thèse, Paris, 1907.

I

EXTRAITS DE OTTO STOBBE

Handbuch des Deutschen Privatrecht. — Tome I

(2^e édition, Berlin 1882)

APPLICATION DU DROIT RELATIVEMENT A SES LIMITES
DANS LE TEMPS

BIBLIOGRAPHIE

- WEBER Uber die Ruckanwendung positiver Gesetze
(1811).
BERGMANN Das Verbot der ruckwirkenden Kraft neuer
Gesetze in Privatrecht (1818).
SAVIGNY T. 8, p. 368-540.
-

Principes Généraux.

Deux principes sont nécessaires pour régler la question de connaître la source de droit qui s'applique lorsque le droit positif est changé, si c'est toujours la nouvelle source ou si et quand c'est l'ancienne : ces deux principes d'ailleurs nécessitent un développement détaillé.

1^o Le droit nouveau l'emporte sur l'ancien. (*Lex posterior derogat priori*);

2^o La nouvelle loi ne s'applique pas au passé et ne peut pas être utilisée pour violer les droits privés acquis sous l'empire de l'ancien droit : c'est le principe de non-rétroactivité.

I

Nos plus anciennes sources juridiques ont coutume de décider, sans faire de distinctions que les difficultés juridiques résolues sous l'empire de l'ancienne loi, ne peuvent plus être reprises lorsque la législation a changé et que la nouvelle loi doit s'appliquer non seulement pour les cas à venir, mais aussi pour les litiges qui ne sont pas définitivement réglés (1), (2), (3).

La doctrine courante a cherché à fonder d'une façon plus approfondie les principes relatifs à la question de savoir ce qui apparaît comme un fait accompli ou

(1) Lex burg. tit. 409 (Mon. L. L. t. 3, p. 578) : d'après ce texte, la nouvelle loi s'applique aux *pendenta negotia*. — Ed. Rotharis, ch. 388 : ut causae quae finitae sunt, non revolvantur. Quae autem terminatae sunt, et a praesente... diae incoatae aut commotae fuerint, per hoc edictum incidantur et finiantur. — L. Liutprandi anni 4 epilog. : Si quis causa de supraescriptis capitulis... antea deliberatae aut per divisionem finitae sunt, in eo modo maneant sicut antea sunt finitae vel statutae. Quae autem terminatae et per divisionem decisae non sunt, in eo ordine deliberentur et maneant, sicut modo decrevimus ; cfr. L. Liutpr. anni V epil., anni XIV epil. — Le roi Wisigoth Chindaswind permet, dans la loi des Wisigoths II, 1, 10, de s'appuyer sur la loi ancienne ad probationem praeteritarum causarum. L. Wis. II, 1, 13 : les nouvelles lois régleront les caussarum negotia incohata.. nondum vero finita, contrairement à ce qui se passe pour les causae legaliter terminatae.

(2) Le roi Lombard Liutprand dans plusieurs passages dit qu'il ne se reporte, pour donner sa solution, non au temps même où le jugement est rendu, mais à celui dans lequel les rapports juridiques *emerserunt aut factae sunt* ; chaque loi n'est en vigueur que pour les rapports juridiques nés sous son empire. (L. Liutpr. anni IX epil., XV epil.)

(3) Baier, Landr. c. 17, 249. Munchen. — Stadtr. c. 25.

comme un droit bien acquis et ce qui par suite tombe sous l'empire de l'ancien droit, et les lois de publication des nouveaux Codes civils se rallient plus ou moins explicitement à ces fondements doctrinaux (1).

La nouvelle loi vaudrait seulement pour l'avenir, et non pour des cas présents ou passés, non pour des actes achevés ou pour des droits acquis auparavant (2). Celui qui se trouve en possession d'une chose ou d'un droit ne pourrait point être troublé par l'application de la nouvelle loi (3).

Les plus grands détails sur cette question sont contenus dans la loi de promulgation du Code civil saxon, § 4 à 27 qui se réfère de très près aux principes dégagés par Savigny.

II

Chaque rapport juridique et chaque fait juridique sont aussitôt après leur naissance saisis par des règles de droit qui les régissent et leur fournissent leur règle d'une façon déterminée. Il résulte de la nature des

(1) Ces questions ont été particulièrement pratiques pour les pays qui, pendant la domination française, avaient été placés sous l'empire du droit français, et qui, après les guerres de l'indépendance, sont revenus à leur droit propre et au droit commun allemand. Il a fallu aussi en Prusse, que des prescriptions précises fussent établies pour les parties du pays nouvellement acquises ou reprises auxquelles s'étend maintenant la codification du *landrecht* prussien.

Sur les lois en question, v. Savigny, l. cit. p. 372.

Pour l'emploi de ces prescriptions légales, il faut toutefois remarquer qu'elles ne contiennent pas de norme générale qui s'appliquerait à chaque nouvelle législation du territoire intéressé : ces normes ne s'appliquaient que pour l'acte législatif concret pour lequel elles étaient faites.

(2) Code autrich. de 1852, § 5. V. aussi art. 12 de la loi de promulgation de ce Code du 29 nov. 1852. Cette loi introduit le Code autrichien dans les parties non allemandes de la monarchie autrichienne.

(3) Loi de promulgation du C. gén. prussien, art. 8; — Landr. Introd. § 14. — Edit. de promulg. du C. badois, art. 4 s.

choses que le juge, dans un litige, décide d'après ces principes juridiques quelles lois doivent s'appliquer aux rapports juridiques dont il s'agit, et qu'un changement de droit ne doit exercer aucune action sur les rapports juridiques déjà existants et sur les droits acquis (1).

A ce principe que les nouvelles lois n'ont pas de force rétroactive, le législateur, qui est souverain dans sa volonté, peut vouloir une exception, et il peut donner à la loi des effets plus étendus qu'elle n'en aurait naturellement. Il peut décider que la nouvelle loi vaudra même pour les anciens rapports de droit, non seulement pour les procès à venir, mais aussi pour les procès qui étaient contemporains de ces rapports. — Il peut déclarer cette volonté expressément; son intention peut aussi résulter soit du reste du contenu de la loi, soit de la tendance générale de cette loi, dans les cas où cette tendance ne serait pas satisfaite si la loi ne s'appliquait qu'à l'avenir (2).

Le juge a donc dans l'application des lois à rechercher quelle norme expresse ou implicite elles contiennent à cet égard. Et il a à fixer par interprétation quels effets le législateur avait en vue (3).

(1) Unger : *Österreichisches Privatrecht*, t. I, p. 114.

(2) Une loi qui supprime le servage serait extrêmement restreinte dans ses effets si les serfs nés au temps où la loi serait rendue n'étaient pas touchés par cette loi et si l'on décidait seulement la suppression de tout nouveau servage pour l'avenir. Une pareille loi prolongerait l'état qu'elle veut supprimer pour une durée incertaine (Cfr. Savigny, p. 514). Quand la nouvelle loi supprime certaines dispositions restrictives imposées par la police des bâtiments, dispositions qui existaient au profit des voisins, un voisin ne peut pas demander qu'une maison qui, sous l'empire de l'ancien droit a été bâtie trop près de son fonds, soit désormais reculée; on doit plutôt admettre que la nouvelle loi a absolument supprimé l'ancienne restriction.

(3) L'Electeur Auguste a donné à ses Constitutions de l'an 1572 force rétroactive, dans l'idée que ces Constitutions ne contenaient pas à proprement parler de nouveau droit, mais se bornaient à résoudre des points

Même une loi douée de la force rétroactive ne doit pas dans le doute être appliquée aux effets de rapports juridiques qui ont été réalisés dans le passé ou fixés d'une façon définitive.

En particulier un procès ou une transaction qui a réglé un rapport juridique de ce genre ne peut pas être repris à raison de changement dans la législation (1).

Il correspond régulièrement à la volonté du législateur que son interprétation authentique d'une loi obtienne force rétroactive. Comme interprétation authentique pour l'élaboration et la publication de laquelle les mêmes conditions sont requises que pour la loi, on ne peut regarder que les déclarations du législateur qui établissent le sens d'une loi antérieure par déclaration, et qui, conformément à la volonté du législateur doivent être traitées non comme norme nouvelle mais comme interprétation. Le législateur a l'intention que tout se passe comme si le sens qu'il

controversés : peu importait à ses yeux que certains tribunaux se fussent prononcés avant la publication de ces Constitutions, et il dispose expressément que ces Constitutions vaudront aussi pour les cas qui sont nés avant leur promulgation, mais qui n'ont pas été encore passés en force de chose jugée (Schletter : *Les Constit. de l'Elect. Auguste*, 1857, p. 70, n° 1). — Une loi wurtembergeoise de 1814 décide que là où le droit intérieur est en contradiction avec des lois nouvelles qui émettent des prohibitions ou des ordres absolus, les effets postérieurs des rapports juridiques antérieurement fondés doivent être jugés d'après la loi nouvelle.

(1) V. g. C. proc. pruss. du 8 févr. 1811 § 9 : « Cette ordonnance s'appliquera non seulement aux cas à venir mais aussi aux billets pour dette, aux cessions de dettes antérieurs pourvu que le litige ne soit pas déjà passé en force de chose jugée ou terminé par une transaction. D'ailleurs le droit romain décide que si le procès a été jugé d'après l'ancien droit et que pendant l'instance en appel une nouvelle loi apparaisse avec force rétroactive, ce sera encore l'ancien droit qui restera en vigueur pour le reste de l'instance. Nov. 115 ppium, ch. 1^{re} : *Tametsi contigerit postea legem promulgari novi aliquid disponentem et tenorem suum ad præteritam quoque negotia referentem*. Unger, *Dr. autrich.* I, p. 128 s. — V. aussi Roth. *Dr. Privé allem.* § 50, n° 9.

déclare aujourd'hui, comme contenu de la loi avait été exprimé dès le début sans ambiguïté.

C'est pourquoi la force rétroactive est plus grande dans une interprétation authentique que dans les autres lois rétroactives. Dans tous les procès le sens déclaré par le législateur doit prévaloir, même si le litige avait été jugé en première instance et était en appel quand l'interprétation est intervenue (1).

Si un contrat ou un acte peut être combattu en raison d'une erreur de droit (par ex. *condictio indebiti*), une interprétation authentique le permet également puisqu'elle établit que dans l'espèce que l'on considère la loi a été appliquée d'une façon erronée. Par contre les litiges dont le jugement est passé en force de chose jugée ne sont pas atteints par la déclaration interprétative postérieure. Tandis que la plupart des droits particularistes de l'empire allemand admettent ces principes du droit commun (2), l'effet rétroactif n'est reconnu ni en droit français ni en droit badois. (C. badois, art. 2.)

III

D'une façon générale une loi ne doit donc avoir d'effet que pour l'avenir, c'est-à-dire que les effets du fait juridique passé sous l'empire de l'ancien droit doivent être jugés d'après cet ancien droit. Mais une

(1) Sur l'interprétation authentique, v. Savigny, p. 511 s. — Bremer dans l'Annuaire de Bekker et Muther, T. 2, p. 241-299. — Bremer dit que la force absolue de la rétroactivité de l'interprétation authentique n'est pas rationnelle et est dangereuse, mais qu'elle est sanctionnée par le droit commun.

(2) *Code Maxim.* Bav. I, 1, § 8. — *C. pruss.* Introd. § 15. — *C. civ. autrich.* § 8. — *Cfr.* aussi les indications données plus haut sur les constitutions de l'Electeur Auguste.

question difficile surgit, c'est de savoir quels sont les rapports juridiques qui ont reçu un tel caractère immuable par une autre loi. Régulièrement on a l'habitude de répondre que les droits nés et bien acquis sous l'empire de l'ancien droit sont régis par l'ancien droit et que l'application du droit nouveau doit être écartée dans la mesure où ils réaliseraient une lésion du droit bien acquis. Comme bien acquis on regarde en général ces droits pour lesquels ont été accomplis tous les faits qui sont propres à produire l'effet de droit considéré; ils s'opposent aux situations juridiques qui existent pour toute personne à la suite d'une prescription de droit général (allusion aux droits légaux) et ils s'opposent aussi aux simples possibilités, éventualités et espérances d'acquérir un droit par un fait basé sur les prescriptions légales.

Ce que nous avons appelé les droits légaux et les simples possibilités sont soumis au nouveau droit; pour les droits bien acquis l'ancien droit reste en vigueur.

A côté de ce principe s'en place un second; si la nouvelle loi décide que certains droits doivent être abolis (par exemple servage, droit d'ainesse), dans le doute il faut croire qu'elle veut se référer aussi aux droits et aux situations juridiques déjà existants. Une telle loi veut réformer l'état du droit et là où c'est nécessaire supprimer aussi les droits acquis. Dans le dernier cas elle fixe ordinairement si et dans quelle mesure on doit dédommager ceux qui sont lésés par la modification du droit.

Les principes que nous venons d'exposer n'ont que peu de valeur dans leur application au détail à cause de l'impossibilité où l'on est de délimiter d'une façon

non ambiguë le concept des droits bien acquis ; ils ne sont pas appropriés à tirer des conclusions pratiques immédiates pour les espèces particulières. Bien plutôt dans chaque cas d'un conflit de deux lois il faut conclure, en se basant sur la nature des rapports juridiques et sur le contenu des normes de droit, dans quelle mesure chaque loi étend son empire. — Dans ce qui suit nous traiterons de quelques rapports juridiques particuliers et très importants dans lesquels un doute peut naître et nous verrons quelle influence une nouvelle loi peut avoir sur ces rapports, en tenant compte sur ce point de la doctrine, du droit commun, de la législation et de la pratique.

1° Forme des actes.

Si une loi change les principes relatifs aux formes des actes juridiques, cette loi ne s'applique pas aux affaires déjà accomplies. Ces dernières demeurent valables ou non selon qu'elles correspondent ou non aux prescriptions du droit ancien (*Tempus regis actum*). Quelques droits particularistes (1) font exceptionnellement valoir la nouvelle loi lorsqu'elle exige des formalités moindres que l'ancienne et il peut se faire ainsi qu'un acte juridique fait avant la promulgation de cette loi nouvelle soit validé, s'il répond à ses prescriptions. Si la nouvelle loi veut que ses prescriptions s'appliquent à des actes anciens mais qui peuvent encore

(1) Prusz. Landr. I, 3, § 42. — Charte de promulgat. autrich. de 1852, 12, n° 2, alin. 2.

être changés il faut qu'elle détermine un délai pour ce changement et pour les suites qui en découlent (1).

2° Capacité juridique.

La capacité d'une personne pour un acte déterminé doit être appréciée au moment où cet acte est passé, même si par la suite une loi nouvelle introduit d'autres exigences. Les personnes qui sont devenues majeures conformément à l'ancien droit ne redeviennent point mineures si la nouvelle loi exige pour la majorité un âge plus avancé auquel elles ne sont point encore parvenues. La nouvelle loi ne s'applique qu'aux personnes qui étaient encore mineures au temps de sa promulgation (2).

Si par contre la législation modifie la capacité par rapport au sexe, par exemple si elle introduit la tutelle des femmes ou si elle supprime celle qui existait, le nouveau droit s'applique non seulement aux femmes à naître mais à toutes les femmes et le cas est le même lorsqu'une loi règle d'une façon nouvelle la capacité juridique par rapport à la religion qu'on exerce. De même les dispositions sur la portée de la capacité d'agir (par exemple la question de savoir dans quelle mesure la *restitutio in integrum* doit ou non être accordée aux mineurs) s'appliquent non seulement aux personnes à naître mais encore à tous les mineurs.

(1) Dans un certain nombre de lois prussiennes (Savigny, p. 447) il est prescrit que les testaments passés sous l'empire de la loi française resteront en vigueur pendant un an et que pendant ce temps le testateur doit refaire son testament dans la forme nouvelle prescrite par ces lois.

(2) Savigny a étudié l'application de ce principe dans la législation prussienne (416 s.) et le refus de l'admettre de la part de la jurisprudence française. — Unger, Walter... repoussent aussi ce principe.

3° Droits acquis sur les choses.

Les droits acquis sur les choses, propriété, droit réel, etc., sous l'empire de l'ancien droit, subsistent même si la loi nouvelle établit de nouvelles règles pour leur acquisition. Si quelqu'un a un droit légal de gage pour une créance il le conserve sous l'empire de la nouvelle loi qui le supprime. Si dans un pays les principes sur les privilèges immobiliers sont modifiés et si ces privilèges doivent désormais être inscrits sur les livres hypothécaires, les anciens privilèges ne devraient pas être atteints par cette loi nouvelle. Mais comme dans un but d'utilité pratique deux systèmes différents de sûretés réelles ne peuvent pas coexister, on ordonne généralement que dans un délai donné tous les anciens privilèges doivent être inscrits, et perdent leur valeur s'ils ne le sont pas. La question de savoir quels droits et quels effets sont liés à la propriété ou aux droits réels, dans quels cas ces droits sont perdus, dans quels cas une revendication peut être accordée, ne doit pas être jugée d'après le temps où le droit a été acquis, mais d'après le temps où l'on fait valoir ce droit.

4° Prescription.

La prescription commencée ne donne qu'une attente : sur ce point les explications les plus développées sont fournies par le décret de promulgation du Code civil saxon, § 8 s. Si avant l'entrée en vigueur du nou-

veau droit la prescription est achevée, elle est jugée par le droit ancien ; si elle est introduite pour un cas où elle ne s'appliquait pas jusque-là elle ne commence à s'appliquer qu'à partir du nouveau droit ; si elle est dénoncée, la prescription non encore achevée ne peut plus l'être. Le nouveau droit qui diminue les effets de la prescription vaut aussi pour les rapports juridiques qui ne se prescrivent qu'en partie sous l'empire du nouveau droit ; si les effets sont augmentés, on n'applique, pour une prescription commencée sous l'empire de l'ancien droit et terminée sous le nouveau, que les effets de l'ancien, et pour obtenir les effets du nouveau droit il faut que tout le délai ait couru sous l'empire du nouveau droit. Si le nouveau droit exige une condition de plus, les prescriptions en cours doivent recommencer ; si c'est une condition qu'on supprime, il faut que la prescription ait correspondu sous l'empire de l'ancien droit aux exigences de ce dernier.

Si la nouvelle loi allonge le délai de prescription, cet allongement s'applique aux prescriptions en cours ; si elle le raccourcit, la prescription commencée ne peut pas être poursuivie jusqu'à la fin, d'après les conditions de délai du nouveau droit : on ne la tient pas pour achevée dans le cas où elle aurait, sous l'empire de l'ancien droit, couru pendant tout le délai exigé par la loi nouvelle. Ordinairement les lois prévoient ou bien que la prescription commencée sous l'empire de l'ancien droit doit être achevée d'après l'ancien droit ou que, si l'on applique le droit nouveau, une nouvelle prescription doit commencer à la mise en vigueur du droit nouveau. Beaucoup d'auteurs admettent, pour le cas où le délai est raccourci, un

principe qui n'a jamais passé dans la législation, à savoir que le temps pendant lequel la prescription a couru sous l'empire de l'ancien droit doit être compté dans la computation de la prescription nouvelle proportionnellement à sa valeur à l'égard de la computation ancienne.

.

7° Puissance paternelle.

L'acquisition de la puissance paternelle se régit par les lois du temps dans lequel le fait qui y donne naissance a trouvé place. Les parents conservent le droit de jouissance une fois acquis même si la législation change (contra Savigny); par contre les rapports personnels des parents vis-à-vis des enfants sont régis par les nouveaux droits et c'est le nouveau droit qui régit aussi l'extinction de la puissance paternelle (1).

(1) Patente de promulgation du droit de Bade, art. 8, n° 1 et 2.

II

EXTRAITS DE GOEPPERT

Das Princip. : Gesetze haben keine rückwirkende Kraft (Jahrbücher de Jhering, XXII, 1884, p. 1-206, ouvrage posthume publié par Eck.)

INTRODUCTION

« *Neque enim placet janus
in legibus.* »

§ I

Exposé de la littérature sur la question.

Parmi les questions qui, après l'achèvement du Code civil allemand, auront dans la pratique le plus d'intérêt, il y aura le conflit entre l'ancien droit et le droit nouveau : question déjà examinée après l'introduction du Code napoléon en Allemagne. Il y a sur cette question une littérature étendue ainsi qu'en France et en Italie. Le livre de Lassalle ne paraît pas de nature à donner à la pratique des directions et même il rend difficile l'entreprise d'une nouvelle étude sur ce point. L'exposé que voici n'a pas la prétention de rivaliser avec le livre de Lassalle. Les tentatives jusque-là ont échoué : nous voudrions que cet essai amène de la précision.

BIBLIOGRAPHIE. — Rien dans les Glossateurs. La Cstit. 7. C. *De legibus*, 1. 14, est regardée comme

plana (sans difficulté) par les Glossateurs. — Mais à l'époque des Post-Glossateurs, on trouve de nombreux développements. Le livre le plus important est de Jacob de Belvisio, professeur à Pérouse et à Bologne (mort en 1335) : *Utriusque juris famosissimi monarche Jacobi de belvisio acutissimi legum interpretatis// aurea lectura summo labore et vigili/ studio castigata summâ auten/ticorum consuetudines/que et usus feudo/rum elucidâs/*. (A la fin de la feuille 116) : *Impressa lugduni per magistrum Jacobum Sachon. Anno domini 1511, die 18 mensis novembris. Folio.*

Au folio 62 cet auteur en vient, en commentant la collatio 8, ch. 12 (nov. 115), à l'étude de notre matière, et la traite en trois questions. — 1^o D'abord si les lois nouvelles doivent être, en l'absence d'une disposition expresse, appliquées *ad praeterita et pendencia*. Il propose une distinction. Si la nouvelle loi est de droit divin, elle doit rétroagir. Une loi *juris humani* par contre ne rétroagit point si ce n'est dans des cas exceptionnels; — 2^o La seconde question concerne les limites de la rétroactivité, limites qui seront différentes selon que la loi s'exprimera d'une façon plus ou moins définie; — 3^o La troisième question est de savoir si la clause de rétroactivité ajoutée aux premières sections d'une loi s'applique aussi aux sections postérieures, ce à quoi il répond par la négative.

Pas de monographie jusqu'au commencement de la nouvelle époque de la littérature juridique. Depuis Grotius jusqu'aux partisans de l'école de Wolff, on ne s'est occupé de la question qu'accessoirement.

Le Code napoléon a donné un grand essor à cette matière et le premier travail à citer est de Blondeau. Puis Chabot de l'Allier (Quest. trans.). Pour l'Allema-

gne, on trouvera la bibliographie dans l'extrait de (Stobbe) *rapporté ci-dessus*. — Il faut encore citer deux thèses sans valeur de Théodosiadès et de Kalindéro. — Paris. — Enfin l'ouvrage de Gabba : *Teoria della retroattività delle leggi* (1^{er} Vol. Pise, 1868 ; — 2^e, 1869 ; — 3^e, 1871 ; — 4^e, 1874).

Actuellement, 3^e édition, Turin, 1891.

Pour la bibliographie détaillée, on pourra voir la présente publication de Goeppert, *Annuaire de Ihering*, XXII, 1884, p. 3 à 14.

.

CHAPITRE I

DÉVELOPPEMENT DOGMATIQUE DU PRINCIPE

§ III

L'état actuel des doctrines sur la matière.

Le principe que les lois n'ont point d'effet rétroactif se trouve partout admis dans nos civilisations et a été reconnu dès le droit romain. On comprend que la philosophie du droit l'embrasse. L'école de Wolff, qui avait admis le principe du droit naturel jusqu'à reconnaître qu'il y avait un droit féodal naturel ou un droit naturel de l'enregistrement ne s'est pas occupée des transformations possibles du droit positif et n'a pas considéré le conflit de lois anciennes et nouvelles. Mais aussitôt

que l'on abandonna la prétention de constituer une théorie *a priori* du droit, réglant tous les détails, et que l'on se contenta de poser un certain nombre de hauts principes juridiques que l'on voulut mettre dans un rapport étroit avec la réalité, cette question dut être envisagée par toute la doctrine.

Comme on peut le comprendre la solution donnée ne pouvait pas être autre (dans ces conceptions du droit naturel) que dans nos droits positifs. Mais cependant elle partage la différence de position, comme les divers systèmes de droit naturel l'avaient fait eux-mêmes. Il n'a pas manqué d'auteurs qui ont attribué à notre proposition, comme en général aux principes du droit naturel, une application effective sur le droit positif, et qui l'on rangée au nombre de ces hautes normes juridiques qui doivent rédire, avec une force coercitive le droit des divers peuples et des divers Etats. La suite naturelle de cette conception était de regarder les lois qui par hasard avaient été rendues avec effet rétroactif, comme usurpatrices de véritables légalités. Nous n'avons pas besoin de réfuter une pareille façon de voir, qui n'a plus aucune valeur. Elle n'a pas davantage pu se faire admettre dans la forme que Lassalle lui a donnée. Lassalle ne prétend point que notre règle est le contenu immuable, absolu que l'on réclamait pour les règles de droit naturel jadis, et il la regarde comme le contenu d'un droit naturel variant avec l'espèce humaine et variable avec les époques. Il y a quelque chose de vrai dans cette conception. Mais à abandonner ainsi des principes anciens il y a un danger qui résulte de la subordination de la vie politique et juridique à un idéal de droit *changeant* ou plutôt aux spéculations du penseur

isolé qui concordent plus ou moins bien avec l'état réel des transformations du droit. D'autres auteurs, remarquant le contraste entre le droit naturel qu'ils imaginent et la loi écrite ne refusent pas à cette dernière la force obligatoire, mais la regardent comme une injustice matérielle, contre laquelle la résistance au moins passive serait justifiée ; et dans ce sens on a quelquefois aussi déclaré que notre principe était de droit naturel. En cette forme notre principe perd la signification juridique qu'il possédait dans la conception plus énergique de Lassalle. Il s'agirait, dans la question de la force rétroactive des lois, d'une question de conscience analogue à celle qui surgit dans les conflits entre le droit civil et les convictions religieuses ou morales ; conflits pour la solution desquels la science du droit ne pourrait nous apporter aucune règle. Du reste, je ne puis pas non plus regarder le principe de la non-rétroactivité comme de droit naturel dans le sens qu'il résulterait de la nature même du droit et qui se formulerait de lui-même. Nous avons vu que la solution opposée est non seulement concevable, mais encore qu'elle a été vraiment admise et même dans des milieux civilisés. Une autre conception toute différente est celle où l'on prétend que la non-rétroactivité est une règle qui découle de la nature de **notre** droit et de l'ensemble de **nos** conceptions juridiques (c'est-à-dire des conceptions juridiques des peuples européens civilisés). Cette conception, j'y adhère, et j'espère pouvoir prouver son exactitude ; ce sera une partie importante de mon travail.

Il y a encore une autre direction dans laquelle il faut marquer clairement les rapports entre les recher-

ches entreprises et le droit positif. La doctrine du conflit de lois nouvelles avec le droit antérieur, je la considère principalement par rapport au droit privé. A vrai dire beaucoup de codes civils ont estimé nécessaire d'admettre dans le cercle de leurs définitions le principe de non-rétroactivité. Mais, ce faisant, ils suivent seulement l'exemple des manuels de droit privé, qui, sauf exceptions récentes, traitent à leur début les notions du droit objectif, de la loi et de la coutume dans leurs parties générales. La cause en est dans la tradition relative à la forme des anciens commentaires. Mais notre doctrine n'appartient pas pour cela au droit privé. D'ailleurs elle ne peut pas davantage être donnée pour une partie du *staatsrecht* (droit de l'Etat), car le droit public s'occupe seulement de la notion des organes publics qui ont mission de légiférer et des modalités de leur activité. En réalité les principes relatifs aux bornes matérielles du droit, à la valeur et aux conditions du droit coutumier, au domaine d'application du droit d'après les qualités des personnes, le temps, le lieu, et par suite les règles relatives à notre principe constituent une division indépendante du droit, on peut dire du *öffentliche Recht* (droit public), en comprenant sous ce terme tout ce qui n'appartient pas au droit privé (par exemple le droit criminel qui n'est pas du droit de l'Etat, ni du droit privé).

.

(P. 44). Revenons-en aux codes modernes. Ils ont coutume d'exprimer le principe de non-rétroactivité en certaines formules générales, mais aucun ne tente un exposé détaillé. Pour compléter ces formules, les

prescriptions transitoires qui accompagnent souvent la publication des codes ne sont pas plus utilisables que celles qui sont rendues dans les lois isolées et cela pour les mêmes raisons que j'ai fait valoir sur les passages du Code et des Nouvelles. Ces prescriptions ont eu leur utilité en leur temps, mais leur force a été épuisée, et elles ne peuvent plus servir pour les cas nouveaux qui peuvent surgir maintenant. Leurs rédacteurs n'ont pas songé à établir des normes générales. A l'occasion on a voulu attacher du poids à la tournure particulière dans laquelle les codes ont exprimé le principe. La théorie particulière à laquelle la loi paraissait se rattacher dans sa façon de s'exprimer aurait été adoptée dans le Code même et devrait valoir comme théorie officielle. En partant de cette idée on a blâmé la disposition incolore du Code napoléon parce qu'elle ne laissait pas reconnaître de quelle théorie elle procédait. Par contre pour le Code civil autrichien on le rattache à la théorie du respect des droits acquis, et pour le Code prussien, d'après son Introduction (§ XIV), on le rattacherait à la théorie des *facta prae-terita*. Une telle façon de voir conduirait à ce singulier résultat que les lacunes que la théorie en question n'a pas pu combler et qui l'ont fait abandonner par la science comme insuffisante, deviendraient des lacunes du droit positif qu'il faudrait chercher à combler à l'aide d'une autre théorie ; d'où la question difficilement résoluble de savoir si de nos jours une théorie doit être regardée comme étroitement logique ou si plutôt nous devons nous attacher à sa forme originale, aux inconséquences et aux lacunes de toutes sortes avec lesquelles elle était ordinairement exposée par ses défenseurs au temps où le code en question a été confectionné.

Mais en réalité on ne doit pas tirer de pareilles conséquences de l'usage de telle ou telle tournure dans un code. Le législateur s'est servi de tel ou tel mot non pas pour prescrire une théorie exclusivement mais parce qu'il voulait exprimer le principe de non-rétroactivité, et qu'il tenait les expressions courantes chez les auteurs de son temps, pour l'expression adéquate de ce principe.

Le Code autrichien n'a pas de disposition de détail.

Le Code badois ajoute à l'article 2 du Code napoléon la disposition suivante :

« Les suites futures d'une situation juridique passée pour lesquelles une loi antérieure aurait donné un droit, une autre loi peut les changer sans être rétroactive, à condition toutefois que cette loi nouvelle entre en vigueur dans la période intermédiaire avant que le cas qui produit les effets en question ne surgisse. »

.

CHAPITRE II

LA RÈGLE EST-ELLE UNE LIMITE AUX POUVOIRS DU LÉGISLATEUR OU UN PRINCIPE JURIDIQUE ?

§ IV

Le principe de non-rétroactivité est un principe juridique qui limite l'effet des lois et qui, à ce titre, se place sur le même pied que les autres principes qui

régissent cet effet des lois, par exemple les principes relatifs à l'application territoriale des lois. Mais notre principe est souvent considéré à un autre point de vue : il s'adresserait au législateur lui-même : ce serait une limite à ses pouvoirs absolus. Et l'on entend ainsi non pas une exhortation morale, mais une limitation juridique de son pouvoir, de telle sorte que les prescriptions rétroactives ne pourraient ni ne devraient être faites. Cette question n'est plus une question ouverte, mais elle est résolue dans le sens affirmatif, tout au moins pour les pays où ce principe a passé dans les lois constitutionnelles. Là où tel est le cas, la question plus intéressante surgit de savoir si, alors que le législateur viole le principe, les dispositions qu'il a prises conservent force législative ou non. Cette question est une partie de la théorie de la validité des lois inconstitutionnelles.

.

(P. 59). Pour la Constitution allemande, pas d'apparence que l'exclusion de la rétroactivité puisse être considérée comme une limite aux pouvoirs du législateur.

.

§ VI

Le principe en tant que principe juridique

Il y a une certaine doctrine qui regarde notre principe comme une règle de l'interprétation des lois. Cette façon de qualifier notre principe est inexacte et induit en erreur. On y est arrivé en

admettant l'intention présumée du législateur de respecter les droits acquis. Mais le principe juridique lui-même n'est pas une règle d'interprétation : de même lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un acte juridique la règle que les éléments naturels y sont tacitement renfermés n'en est pas une, parce que les parties peuvent les écarter par une disposition expresse.

Lorsqu'une règle doit avoir vraiment la valeur d'un principe juridique, la première condition est qu'elle puisse être employée immédiatement ou au moyen des corollaires qu'on en tire par une déduction saine-ment logique, à la solution de questions de droit isolées posées théoriquement ou se rencontrant dans la pratique. Si cela n'est pas possible, la règle n'est à la vérité qu'une maxime de droit sans portée directe pratique. Or il est certain que précisément notre principe de non-rétroactivité n'a pas d'application pratique dans cette forme, mais qu'il a besoin tout d'abord d'une certaine élaboration pour préciser, afin de l'appliquer, son contenu propre ; d'autre part on ne peut pas nier que malgré des essais toujours renouvelés pour lui donner une meilleure formule, on n'est pas encore arrivé à lui donner cette formule qui correspondrait aux besoins pratiques jusque dans le détail. Cet état de la question a conduit déjà Rehberg (1) à conclure qu'il n'y avait pas à chercher un système cohérent pour notre matière. C'est aussi l'avis de Reinhardt et de Trendelenburg et tout récemment Stobbe a proclamé l'impossibilité de formuler d'une façon précise des règles fermes sur le conflit des an-

(1) *Comment. sur le C. nap.* (1814), p. 57 s.

ciennes et des nouvelles lois. Mais, unanimes sur ce point, ces trois auteurs se séparent sur le point de savoir ce qu'il faut mettre à la place. Les deux premiers disent que le législateur doit chaque fois régler les dispositions transitoires conformément à la maxime de non-rétroactivité. Mais comment, dans son silence (par ex. C. nap. et son Introd. en Westphalie) résoudre la question? Ou même quand il a essayé (C. prus., saxon) sans y réussir? — Dans ce cas, Trendelenburg se résigne à laisser au juge le soin de voir d'après les critères généraux comment le principe peut s'appliquer aux cas concrets. — Stobbe veut, à la place de ce système, donner au juge la fonction, pour chaque cas d'un conflit entre deux lois, d'établir, en se basant sur la nature des rapports juridiques et le contenu des règles de droit, jusqu'où s'étend le domaine de chaque loi. — Mais pourtant, dans des questions de ce genre, la nature des rapports juridiques et le contenu de la nouvelle norme ne peuvent donner aucune réponse. Stobbe lui-même a pu difficilement concevoir ce que ces mots signifient à première vue. Je crois pouvoir identifier son opinion avec celle toute récente de von Bar (*Kritische Vierteljahresschrift*, vol. XV, p. 10-11) à laquelle Dernburg s'est aussi rallié à l'occasion. Elle aboutit à ceci que dans chaque cas il faut rechercher dans quelle mesure le législateur a pu en bonne raison vouloir que sa nouvelle prescription entrât en vigueur : dans ce cas la nature du rapport juridique et le contenu de la prescription légale ne fourniraient que des moyens auxiliaires pour rechercher sa volonté. Ainsi conçu, le système de Stobbe viendrait en parallèle avec la conception de droit interne privé qui est devenue dominante

par le fait de Vächter, Thöl et Bar ; elle doit à bien considérer être encore écartée. La conception présente du droit international privé est sortie, elle aussi, de cette constatation que les anciennes formules scholastiques dans lesquelles on avait coutume autrefois de l'enfermer sont insoutenables et insuffisantes. — Par réaction contre ces formules, l'école moderne proclame non point l'absence de principe comme un principe, mais elle part d'une proposition juridique déterminée qu'on suppose acceptée dans tous les Etats civilisés modernes, et sans l'adoption de laquelle le droit international privé aurait nécessairement pris une autre forme et le but raisonnable des institutions juridiques diverses serait manqué. Cette idée que Savigny suppose implicitement plus qu'il ne l'exprime, mais que Thöl et Bar mettent en avant nettement est la suivante : c'est que tout Etat reconnaît les prétentions légitimes d'un autre Etat par rapport à l'application de ses propres lois ; mais ces prétentions ne sont autorisées qu'autant qu'elles se manifestent comme se rattachant à des objectifs sensés qui sont poursuivis à l'aide des prescriptions émises sur le rapport juridique en question, et qu'elles le sont de façon légitime, c'est-à-dire sans porter atteinte au but propre et légitime de la législation étrangère : de là résulte naturellement la nécessité de ces recherches casuistiques d'espèces, puisque, dans chaque institution juridique, cette question doit être examinée spécialement d'après le domaine que chaque législation veut régenter et peut régenter.

Mais dans notre doctrine il ne s'agit pas du tout d'un pareil départ entre deux autorités parmi lesquelles chacune se trouve placée auprès de l'autre sur un pied

d'égalité. Ici le conflit surgit entre une ancienne et une nouvelle prescription d'une seule et même législation. Du contenu d'une nouvelle disposition on peut conclure avec quelque sécurité, grâce au principe précité et que l'on présume admis, dans quelle mesure son application peut s'étendre dans l'espèce. Mais en ce qui concerne ses rapports avec l'ancienne loi, ce qui passe au premier plan, c'est ce fait que la volonté du législateur est souveraine vis-à-vis de son ancienne disposition et qu'il a regardé cette ancienne loi comme ne répondant plus aux besoins; la nature et le contenu de l'ancien droit d'une part et du nouveau droit de l'autre ne fournissent donc aucun moyen de décider de la question de savoir si et dans quelle mesure le droit ancien doit encore être respecté. Si néanmoins nous rapportons tout à la volonté présumée du législateur, nous nous heurtons à cette objection que les raisons d'opportunité, étant données les circonstances concrètes, peuvent conduire à mesurer très différemment ce qu'il faut maintenir de l'ancien droit. S'il doit y avoir une sphère d'application du nouveau droit indépendante de pareilles circonstances concrètes, elle ne peut consister qu'en des principes juridiques définis auxquels le législateur se soumet implicitement, et la limite qui est tracée par eux doit reposer sur d'autres critères que celle qui, en droit international privé, est tracée, pour le domaine d'application territoriale de la loi, à l'encontre d'Etats étrangers.

Si l'on n'est pas arrivé jusqu'à présent à développer le contenu propre de cette proposition que nous trouvons dans notre droit comme une norme pour les conflits de droits dans le temps : « Les nouvelles lois n'ont pas de force rétroactive », avec la précision

souhaitable, cette constatation doit nous amener non à nous résigner à notre impuissance mais à tenter de nouvelles recherches. Ce qu'il faut éviter c'est de remplacer la courte formule indiquée par une ou deux autres également courtes et énigmatiques. Cette méthode est la principale faute des théories exposées jusqu'à présent.

§ VII

Le sens de l'expression LOI dans la façon habituelle de formuler le principe.

Notre principe est ordinairement exprimé comme s'il se référait exclusivement aux lois nouvelles ; on peut cependant se demander si en réalité il ne concerne pas toutes les règles juridiques nouvelles et notamment celles qui sont introduites non seulement par la loi mais par la coutume. A vrai dire la nature même des formations coutumières rend très rare l'application usuelle du principe. La naissance de règles coutumières ne porte jamais une date aussi précise qu'une loi ; on ne peut guère la fixer que par siècles ou par dizaines d'années au plus. Mais si l'on pouvait prétendre avec certitude qu'un rapport juridique qui fait l'objet d'un litige est d'origine plus ancienne qu'une certaine coutume qui s'applique maintenant à ce rapport, il faudrait reconnaître que le principe de non-rétroactivité s'applique à ce cas

comme au cas de loi (1). — En outre il faut remarquer qu'il s'agit, dans la formule du principe, de lois au sens propre et *matériel* du mot, c'est-à-dire de règles de droit instituées par les organes de l'Etat qui ont mission de légiférer ; mais il ne s'agit pas de lois dans ce qu'on appelle le sens *formel* du mot. Comme l'expression romaine *Lex* désignait déjà toute décision obligatoire du *populus romanus* — de même dans les textes constitutionnels modernes le mot législation désigne la voie et la forme qui nous est prescrite pour l'établissement de règles de droit et aussi pour toutes sortes d'ordonnances de la puissance publique relatives à un rapport concret, et on nomme de pareilles ordonnances **lois** dans le sens formel. D'autre part la langue officielle évite l'expression **loi** pour l'institution de vraies règles de droit toutes les fois que cette institution émane non point de l'organe législatif proprement dit, mais seulement du pouvoir exécutif, que ce soit par un organe proprement dit de ce pouvoir exécutif, que ce soit à la suite d'une délégation par des autorités de police, de commune, etc. De pareilles décisions se nomment d'ordinaire décrets, arrêtés, instructions, etc. Il n'est pas besoin de dire que cette nouvelle façon de s'exprimer n'a pas d'importance pour l'application de notre principe. Les règles juridiques posées dans ces décrets, etc., sont soumises à la non-rétroactivité comme les lois proprement dites.

(1) La coutume est précisément souvent rétroactive à cause de la question de date.

CHAPITRE III

Théories antérieures

§ VIII

Il n'est pas intéressant de connaître le point de vue des auteurs : droit naturel, utilité, caractères de la loi, etc. Le plus important est la mise en œuvre du principe. Certains auteurs allemands (en France, Doneau, *Com. de jure civili*, I, 5, 5,) par exemple, ont admis cette théorie : la loi peut *imperare, vetare, permittere* ; mais il serait inepte de *commander* dans le passé, *cum in praeteritum fieri natura non concedat* ; de même *défendre*, car ce qui est fait est fait ; enfin *permettre*, car ce qui n'a pas été fait ne l'a pas été. Autre doctrine inutile (Kierulff, *Théor. du dr. civ. commun*, I, p. 63) : « Le principe a été introduit *utilitatis causa* ; le sujet du droit ne peut être rendu responsable parce qu'il ne connaît pas une loi qui sera rendue plus tard ; ce serait injuste. » — Mais il ne nous sert à rien de le constater, par exemple s'il s'agit de prescriptions qui courent, de testaments antérieurement faits, d'actes passés sans les formes prescrites depuis : la théorie de Kierulff ne s'applique plus dans ces cas.

Autre doctrine inutile : « Une loi n'a de valeur que par sa promulgation ». (Domat. *Lois civ. dans l'ord. nat.* I, I, 13).

C'est là la raison dont se contentaient les écrivains du droit naturel dans le siècle passé, dans les cas assez rares où ils s'occupent de notre question.

Il arrive souvent que l'on construit notre doctrine de telle façon que l'on se fait une certaine conception des devoirs du législateur envers les particuliers, et que l'on considère comme rétroactive toute violation de ces devoirs.

La plus imparfaite de ces théories est celle de Blondeau. Il regarde comme rétroactivité toute destruction d'attente juridique basée sur l'ancienne loi, par une loi nouvelle. L'utilité sociale demanderait en général que l'on respectât toutes les attentes de ce genre, sauf quelques exceptions : quand le mal causé par leur destruction est moindre que celui qui naîtrait de leur maintien, il faudrait donner à la loi nouvelle rétroactivité ; mais certaines attentes ne pourraient être atteintes qu'extraordinairement, notamment celles qui sont caressées particulièrement par leurs sujets et ont influencé leurs décisions ; n'en pas tenir compte serait une rétroactivité dans le sens de l'art. 2 C. civ. A la science à distinguer ces diverses attentes.

Il est clair que toute cette théorie repose sur le simple arbitraire et qu'elle prostitue les parties à la volonté subjective et vacillante du juge. Ce sont d'une façon générale les mêmes vues que Bentham attribue comme fil conducteur au législateur (*Fondement de la législation civile et criminelle*). Bentham demande que les lois ne contredisent pas les attentes de ceux à qui elles sont destinées. La plus importante

mission de l'Etat et de la législation serait de donner la sécurité, de sorte que toutes les destinées, dans la mesure où elles dépendent des lois, soient conformes aux attentes sur lesquelles on les avait d'avance modelées. Bentham à cet égard exige que l'on recule le plus possible à une époque éloignée la mise en vigueur des lois nouvelles, de telle sorte que les sujets aient du loisir pour organiser d'avance leurs intérêts ; il voudrait même que les modifications ne s'appliquassent qu'à une génération nouvelle qui ait eu le temps de s'y habituer.

Beaucoup plus répandue est l'idée que notre principe découle de l'intangibilité et de la sainteté des droits acquis. La conception de la rétroactivité défendue se rattache donc au maintien des droits acquis. Beaucoup d'auteurs pensent que ce maintien est contenu principalement dans le principe de non-rétroactivité. Mais cette base est employée de façons très diverses par ses partisans ; la plupart se contentent de la poser en forme d'axiome comme un postulat de l'équité ; d'autres s'appuient en outre sur une spéculation abstraite. Le droit que l'individu a acquis conformément à la loi existante serait un bien défini par la volonté commune. Dans la mesure où l'individu fait valoir ce droit, il serait souverain à l'encontre de la volonté souveraine de la collectivité ; et il serait désormais indépendant de cette dernière. En partant de ce point de vue, si l'on voulait être conséquent, il faudrait dire que toute atteinte portée par la législation à des droits acquis, c'est-à-dire toute loi rétroactive, au sens de ces auteurs, ne serait pas valable. Cependant les représentants de ce système ne peuvent pas en soutenir cette conséquence et ainsi se mettent en contradiction avec eux-mêmes.

Moins inconséquents sont ceux qui s'attachent au but et aux devoirs de l'Etat vis-à-vis de ses sujets (Laurent ; Dernburg, *Dr. privé prus.*). Il n'y a pas besoin de beaucoup de développements pour nous convaincre que l'Etat peut facilement être en danger d'ébranler lui-même sa propre autorité et d'oublier son but ou quelqu'un de ses buts, à savoir le maintien de la sécurité juridique, lorsqu'il renverse, par de nouvelles prescriptions, les droits acquis. C'est là une vérité incontestable. Mais il peut se faire inversement que l'Etat ne remplisse son devoir qu'en touchant à des droits existants dont le maintien serait inadmissible. La question la plus importante pour nous est celle de savoir si l'idée du maintien des droits acquis donne une solution suffisante du problème ; or il n'en est rien. L'identification de la non-rétroactivité avec le principe (a) suivant : « Les lois nouvelles ne peuvent pas s'appliquer aux droits acquis », paraît absolument inexacte et insuffisante à résoudre les difficultés des divers cas. Un premier vice de cette identification est que le principe (a) ci-dessus nous laisse indécis pour un domaine considérable, le domaine du droit pénal. Le droit acquis à ne pas être puni ou à subir une peine déterminée plus douce n'est en réalité qu'une ressource désespérée d'un esprit scholastique qui cherche à se tirer d'affaire n'importe comment. Laissons cela de côté et restreignons-nous à des domaines où l'on peut parler d'une façon compréhensible de droit, et alors recherchons ce que l'on peut concevoir comme un droit acquis ; on pourrait s'attendre à ce que ce problème fut divisé en deux questions : d'abord qu'on cherchât le concept du droit subjectif ; ensuite, celui de l'acquisition ; et alors on

pourrait donner au principe une portée plus ou moins grande suivant ce que l'on appellerait *droit*. Mais en règle générale on ne s'est attaché qu'au mot *acquis*, et on ne l'a rattaché qu'à une force déterminée de l'établissement d'un droit. Comme mode d'acquérir un droit, on considérerait non pas tous les modes d'acquérir, mais seulement certains d'entre eux ; et l'on ne considère comme droits acquis que ceux qui peuvent être acquis par les modes en question. En réalité il y a un sentiment juste dans ces tentatives faites pour limiter le domaine des droits acquis, car il s'agit d'exclure plusieurs sortes de choses qui, en réalité, ne peuvent pas être qualifiées de droits. Mais la voie que l'on a suivie pour purifier ainsi ce concept des droits acquis a été très malheureuse. La plus malencontreuse est la position prise par ceux qui s'attachent, dans la conception de l'acquisition, au criterium de l'activité de celui qui acquiert et qui ne veulent accepter comme droits acquis que les situations juridiques qui lui sont obtenues par sa propre activité, par un acte d'acquisition au sens propre du mot. Celui qui admet cela se voit dans la singulière situation de ne pouvoir reconnaître un droit acquis qu'à *l'haeres voluntarius*, mais non à *l'haeres necessarius*, etc...

La théorie est meilleure avec ceux qui ne s'occupent pas de l'acte d'acquisition, mais exigent seulement une acquisition. Pour eux on appelle droits acquis les droits qui ne reposent pas sur la liberté naturelle ou sur les dispositions juridiques applicables à tous les citoyens ou à certaines classes, mais qui sont acquis à l'individu sur un fondement juridique spécial, par exemple notamment le contrat, la prescrip-

tion, etc... Si le maintien de pareils droits acquis correspondait à tout le principe de non-rétroactivité, la nouvelle loi devrait nécessairement s'appliquer au passé partout où ces droits acquis ne seraient point atteints par elle. Mais le sentiment juridique s'insurge contre ce résultat. Il faut pour répondre à cette conception faire jouer les fictions ou imaginer *ad hoc* des espèces de droit.

Pour que la théorie des droits acquis soit utilisable, il faudrait d'abord fixer ce que c'est que le droit ; puis établir comment un droit de telle ou telle espèce pourrait être regardé comme acquis ; mais encore l'idée d'appliquer la loi nouvelle là où il n'y a pas de droit acquis soulèverait des difficultés sérieuses, dans les cas où il n'y a pas de droit acquis, mais droit en voie d'être acquis. Est-ce que vraiment une affaire passée sous l'empire de l'ancienne loi peut être jugée d'après la loi nouvelle uniquement parce que l'affaire commence à produire des effets après la promulgation de la loi nouvelle ? — et avant tout il faudrait aussi expliquer que la suppression d'un droit réalisé sous l'empire de l'ancienne loi n'a pas d'effet rétroactif lorsqu'une nouvelle loi est rendue d'après laquelle ce droit ne peut plus être éteint pour la raison qu'on avait alléguée avant cette suppression. On se demande en outre ce que veut dire l'intangibilité ou inversement l'atteinte à des droits acquis.

Suffit-il de reconnaître l'existence des droits acquis ou bien sont-ce aussi leurs effets respectifs qui doivent être jugés d'après la loi sous l'empire de laquelle ils ont été acquis ? Sur ce point les défenseurs de la théorie des droits acquis ne sont pas d'accord. Il y a des auteurs qui prennent le maintien des droits acquis

dans ce sens que c'est l'existence du droit même qui est reconnue, mais que toutes les conséquences de ce droit doivent être traitées d'après la loi nouvelle. D'autres étendent la survie de l'ancienne loi à toutes les destinées postérieures possibles du droit acquis sous son empire.

Bref, la formule du respect des droits acquis n'est appropriée ni extensivement ni intensivement à éclairer et délimiter le principe.

.

§ XI

Théories qui se rattachent aux « *facta praeterita* »

Il y a des auteurs qui en sont venus à fixer la limitation dans le temps de l'empire de la loi à ce qui concerne les *facta praeterita* et c'est parmi eux qu'il faut citer Scheurl, Christiansen, Reinhardt-Schmid et Rintelen. — Scheurl comprend sous l'expression *factum praeteritum* un rapport de fait qui a reçu une fois pour toutes une forme juridique définie au moyen d'une certaine règle de droit. Les règles de droit seraient destinées à donner aux circonstances de fait qui se forment sous leur empire telle ou telle portée juridique. C'est pour cela qu'on ne devrait les employer qu'aux rapports de droit encore inachevés, en voie d'achèvement ou qui se constitueront seulement à l'avenir, mais non aux rapports juridiques terminés et achevés. La conception de ces derniers serait sensiblement plus étroite que celle des premiers. Ainsi un

testament avant la mort du *de cujus* appartient aux premiers. Une conséquence du principe de non-rétroactivité serait que les lois ne touchent pas aux droits acquis. Toutefois ceci pourrait avoir lieu autrement, et une loi pourrait être destinée à agir pour changer une formation juridique se rattachant à un fait passé sans que l'on voie là une application à un *factum praeteritum*. Telle est la théorie de Scheurl. — Dans cet exposé, on ne sait pas ce que Scheurl entend par rapports juridiques terminés, achevés, par droits acquis et ces définitions seraient capitales. D'où une autre théorie de Reinhardt-Schmid. Il part de l'idée fondamentale de Savigny, mais en cherchant à l'approfondir. Il oppose d'un côté des lois qui rattachent l'établissement, le changement ou la suppression de certains droits à certaines conditions de fait, et d'autre part les lois qui se bornent à fixer d'une façon nouvelle les effets juridiques des faits. Les premières ne doivent avoir aucune influence sur les droits constitués sous l'empire de la loi ancienne. Par contre les secondes doivent être suivies non pas pour les effets déjà réalisés sous l'empire de l'ancienne loi, mais pour les effets qui se réalisent seulement sous l'empire de la loi nouvelle.

Quelque claire et nette que paraisse cette formule elle n'est pourtant suffisante ni en théorie, ni en pratique.

Pratiquement elle conduit manifestement à une ingérence constante des lois dans les rapports juridiques préexistants toutes les fois que ceux-ci ont non seulement un effet unique, mais des effets durables. Et c'est ainsi que Schmid admet que le régime des biens entre époux devrait changer avec tout changement de législation. De même il admet que le droit du

bailleur pourrait, avec le changement de législation, devenir, de droit réel, droit personnel, et inversement. Il admet que des droits soumis à une condition ou à un terme s'éteindraient d'eux-mêmes par suite d'une prohibition légale d'admettre pour ces droits de pareilles modalités. Ce qui est encore plus fâcheux, c'est que la distinction de Schmid paraît théoriquement injustifiable, car il y a beaucoup de lois pour lesquelles on ne peut décider nettement si elles se bornent à attacher certains effets de droit à de nouvelles conditions de fait ou bien si elles fixent de nouveaux effets à certains faits. Par exemple une loi nouvelle qui reculerait la majorité, d'après Schmid, se bornerait à attacher l'état juridique de la capacité à de nouvelles conditions et par suite la loi ne s'appliquerait pas à ceux qui seraient déjà majeurs. Mais on peut aussi bien interpréter cette loi autrement et dire qu'elle fixe d'une façon nouvelle les effets d'un certain âge et par suite que la loi doit rétroagir, de sorte que dans la plupart des cas la théorie de Schmid ne donnerait pas de règle satisfaisante.

Pour Rintelen, l'effet des faits juridiques doit toujours être fixé par la loi qui était en vigueur au temps de leur accomplissement. Mais il ne définit ni l'accomplissement, ni l'effet d'un fait, et a éparpillé la théorie en douze propositions sans intérêt. D'ailleurs cet auteur cherche moins à faire une théorie générale qu'à étudier si, d'après la loi prussienne sur l'acquisition de propriété (5 mai 1872), celui qui, sans être possesseur incorporé sur le livre foncier, aurait acquis la propriété avant le 1^{er} octobre 1872, pourrait se défendre contre une revendication intentée par celui qui est sur le livre et s'appuie sur son incorporation

sur le livre foncier, et cela avant comme après la tradition. Cette question que la Cour supérieure prussienne avait résolue affirmativement le 12 mars 1875, Rintelen voulait la résoudre négativement et c'est en ce sens que le Tribunal d'Empire s'est en effet décidé depuis.

§ XII

Autres théories

Trendelenburg ne voit une rétroactivité blâmable qu'au cas où la nouvelle loi voudrait exiger que la volonté qui avait agi sous la garantie du droit formel jusque-là en vigueur soit regardée comme coupable ou responsable de ce chef, ou si un acte juridique de cette sorte était regardé comme attaquant. La raison de ce fait serait dans la conception de la loi qui s'adresse à la volonté, et qui pour cette raison ne pourrait lui assigner un effet que là où elle pourrait être connue de la volonté. Par contre il regarde non seulement comme admissible, mais même comme inévitable, que la nouvelle loi s'immisce dans le domaine et dans le cours des effets protégés par la loi ancienne, par exemple lorsque l'on supprime l'esclavage, etc. ; et dans ce cas il n'y aurait pas rétroactivité, mais plutôt suppression d'une survivance. On a coutume, dans les cas pareils, de voir une atteinte aux droits acquis, mais c'est à tort. De pareils droits des individus à l'égard de l'Etat n'existent que lorsqu'entre l'Etat envisagé comme personne et les particuliers il est intervenu des conventions ; et dans ce cas la suppression

des obligations de l'Etat serait regardée comme un fait du prince et une banqueroute. Il en est autrement quand l'acquisition d'un droit se réalise de particulier à particulier sous l'empire de l'ordre juridique existant, car alors on ne tient pas cette acquisition de la main de l'Etat, elle se réalise seulement sous la protection d'une loi qui la permet. Un pareil droit est autorisé et accordé par l'Etat et aussi garanti par lui aussi longtemps que dure la loi de protection. Mais jamais la loi en vigueur actuellement ne peut assurer une garantie pour tout l'avenir, car l'Etat est autorisé et même obligé à réformer sa législation. Un obstacle mis au droit public par des prétentions privées serait inadmissible ; mais dans le premier cas l'Etat devrait à l'individu un dédommagement d'une façon absolue ; dans le second cas, à titre gracieux seulement. Et même l'auteur refuse le dédommagement lorsque l'on supprime ce qu'il appelle « de pures situations de puissance » (par exemple situation d'un seigneur, charges héréditaires, justice seigneuriale, etc.). Inversement il accepte l'idée d'indemnité lorsqu'il s'agit d'atteinte à la propriété. Mais quand on demande d'après quelles règles, dans le doute, l'effet d'une nouvelle loi doit s'appliquer à la situation juridique résultant de l'application de l'ancienne loi on ne reçoit pas d'autre réponse que : « Le législateur doit être assez sage pour régler la transition. Sinon le juge devrait régler la difficulté d'après les critères généraux formels. » — L'auteur ne fixe pas ces critères.

Enfin Pfaff et Hofmann (*Comment. du C. civ. autr.*). — Ils ont fait une tentative intéressante pour remplacer le principe par deux autres juxtaposés : 1^o Etant donné que les lois sont des normes pour notre con-

duite, nous devons pouvoir nous reposer sur elles, c'est-à dire nous sentir en sécurité lorsque nous organisons conformément à elles nos actes. 2^o Les lois doivent respecter les droits acquis; — mais cela ne s'applique, pour ces auteurs, qu'aux droits patrimoniaux. Les deux principes seraient différents d'ailleurs dans leur fondement et leur portée. Du premier on tirerait la validité durable d'un testament passé dans la forme admise par l'ancienne loi. Du second on tirerait la survie, sous l'empire de la nouvelle loi, de tout rapport déjà existant. — Cette théorie n'est pas satisfaisante, même si on ne tient pas compte de son caractère dualiste. Le concept du droit acquis reste ici aussi indéterminé. On ne voit pas pourquoi il est exclu pour les droits de famille. Est-ce que le rapport juridique de deux époux serait atteint par une loi nouvelle qui défendrait le mariage entre deux personnes placées dans leur situation? En outre le premier principe, bien que juste au fond, n'est point approprié en cette forme à nous donner la vraie solution. Aussi de nombreux auteurs se bornent à dire que la limitation du domaine de la loi dans le temps doit être résolue, dans chaque cas concret par des règles spéciales.

CHAPITRE IV

THÉORIE PERSONNELLE DE L'AUTEUR

§ XIII

Préliminaires.

La plupart des auteurs partent du concept de rétroactivité et posent *a priori* ce qui doit être regardé comme rétroactivité illégitime d'une loi. A mon avis, ce qu'il faut plutôt fixer, c'est ce que l'on doit entendre, en droit européen comme effet d'un principe de droit. Ensuite on peut examiner ce qui se passe lors de la suppression d'une loi et de l'introduction d'une nouvelle loi. De là résultera d'elle-même la règle relative aux conflits dans les cas normaux; enfin les exceptions (1).

§ XIV

Effet d'un principe juridique.

Il faut distinguer l'effet d'un principe juridique de l'application judiciaire de ce principe. La punition d'un crime, sur le fondement de la loi pénale, la déci-

(1) *L'exposé de la théorie de Goepfert est difficilement intelligible, car il est très incomplet, n'ayant été publié qu'après la mort de l'auteur.*

sion d'un litige entre deux personnes d'après le principe de droit en vigueur pour régler le rapport existant entre eux, apparaît du dehors comme la réalisation propre du droit ; et en réalité le but du droit (maintenir la paix, la propriété, punir les violences...) ne pourrait pas être atteint sans l'institution des tribunaux ; mais on comprend que dans un temps où la conscience juridique n'est pas encore formée, dans lequel l'instinct de se faire justice à soi-même quand on est lésé dans son propre intérêt n'est pas encore écarté par la confiance dans l'Etat, la justice sociale, cet aspect de l'efficacité du droit, n'apparaît que comme une norme de décision des litiges. Mais on peut regarder comme étrange que cet aspect soit encore de nos jours non seulement indiqué, mais encore mis en avant et regardé comme essentiel... A l'origine, le juge ne disait pas le droit, mais le créait. Aujourd'hui, il en est tout autrement : les tribunaux sont là pour maintenir les règles de droit contre ceux qui voudraient s'y soustraire ; et les décisions des juges peuvent aujourd'hui être en désaccord avec le droit. Les règles juridiques sont pour nous des règles de vie.

Il n'y a un véritable effet juridique que lorsqu'il y a altération dans les rapports juridiques d'une personne vis-à-vis d'une autre, que ce soit de l'Etat, ou des individus, ou de tout le monde. Donc pas d'effet juridique si on déclare un acte juridiquement sans effet ; par exemple si une affaire juridique est déclarée nulle à raison du manque d'une condition légale. Cette affaire ne remplit pas le but des parties, on ne peut pas dire que ce soit un effet juridique

Etant donné un ordre ou une défense juridique, si

une personne va à leur rencontre on ne peut dire que c'est un effet juridique de regarder la conduite de cette personne comme illicite. Cette modalité (le fait d'être illégale) serait indifférente si des suites déterminées n'avaient pas été attachées à la conduite en question. Ce n'est qu'à ce titre que l'on s'en occupe : ceci s'applique particulièrement aux lois pénales, dont les ordres ou défenses, s'ils sont transgressés, peuvent entraîner une peine publique.

La loi pénale ne pourrait être violée que par l'Etat, s'il refusait de punir le délinquant. Mais ceci est faux : certes le voleur ne viole pas la loi qui règle la peine du vol, mais il viole la règle qu'il ne faut pas voler. — Et une obligation de punir ne pèse pas sur l'Etat : la peine est nécessaire pour établir la règle, et la force publique permet à l'Etat d'appliquer cette peine ; mais l'Etat n'y est pas tenu : amnistie, prescription pour crimes... D'ailleurs vis-à-vis de qui existerait cette obligation de punir ? vis-à-vis du coupable ? ou de la victime ? Mais quand il n'y a pas de victime ? par exemple crime politique ? L'Etat est-il alors à la fois créancier et débiteur ? — Pour moi je pense que l'Etat a un droit général qui n'est limité que par la maxime *nulla poena sine lege*, que l'Etat s'impose volontairement.

.

§ XXII

Lois interprétatives.

Ces lois occupent une situation spéciale. On appelle « déclaration » une loi dans laquelle le législateur exprime comment il veut qu'on comprenne une loi plus ancienne. En réalité il peut s'agir non seulement de la portée immédiate des mots et du contenu de la loi ancienne, mais aussi des conséquences à en tirer par voie d'interprétation et de déduction. Il est possible que l'interprétation ainsi donnée concorde pleinement avec celle de la jurisprudence ; mais plus ordinairement une « déclaration » a plutôt pour cause un dissentiment relatif à l'interprétation de l'ancienne loi, dissentiment qu'il faut décider en faveur de l'une ou de l'autre des opinions en présence, ou une volonté du législateur de réprouver une interprétation devenue courante. On peut concevoir aussi, et cela arrive, que par la « déclaration » de bonne ou mauvaise foi on intercale dans l'ancienne loi une décision qui, d'après l'opinion, ne peut pas avoir été contenue dans la loi primitive et est tout à fait neuve en fait. Mais pour tous les cas on s'accorde à penser qu'il n'est pas nécessaire que la loi se donne elle-même la dénomination d'interprétative, et que la volonté du législateur de faire une « déclaration » suffit.

Il n'est pas douteux qu'après la promulgation d'une « déclaration », dans tous les cas à venir, la loi interprétée ne peut plus être employée que dans le sens déterminé, même si l'interprétation n'apparaît pas

bonne en elle-même, et à cet égard la déclaration est obligatoire comme toute nouvelle loi dont on peut approuver ou désapprouver le contenu. Les seules difficultés se réfèrent aux cas anciens, lorsque l'interprétation du juge antérieure à la loi interprétative ne s'harmonise pas, à tort ou à raison, avec la « déclaration. » Le *Corpus juris* solutionne pareil conflit en faveur de la rétroactivité d'une *interpretatio authentica*. Justinien décide (Nov. XIX, Préf.) qu'il est *απασι φανερωτατον* (*très évident pour tous*) que les interprétations données par lui sont obligatoires dans tous les cas dans lesquels la loi interprétée peut trouver son application. Il a été amené à indiquer cette idée par des difficultés qui étaient résultées de deux interprétations antérieures à la suite de circonstances de fait particulières. Il ne voulait pas introduire à titre nouveau ce principe que les « déclarations » s'appliquent au passé, mais seulement établir que ce principe devait s'appliquer aussi à des lois interprétatives antérieures qui étaient en question. — Cette idée de Justinien devait être beaucoup plus ancienne et se rapporte à l'attitude habituelle des empereurs romains. — C'est en se fondant sur la Nouvelle XIX que le droit commun a adopté la doctrine régnante que les « déclarations » ont toujours effet rétroactif. On voulait même aller plus loin en cette matière et on voulait soumettre à la loi interprétative les affaires qui étaient en appel alors qu'on n'admettait pas le principe de rétroactivité pour ces affaires. On admettait aussi l'anéantissement de jugements qui avaient été rendus d'après une interprétation contestée, car ces jugements, disait-on, avaient été rendus contre un *jus in thesi clarum* (p. 183, n. 3). Plus fréquemment, et encore mainte-

nant, on autorise au moins, sur le fondement de la « déclaration », l'attaque après coup des paiements, des transactions. L'ancienne doctrine sur la matière excluait cependant le cas où, sous le couvert de la « déclaration », un principe de droit réellement nouveau avait été introduit, principe qui ne pouvait pas avoir été contenu dans la loi primitive.

Par contre on peut tirer du point de vue indiqué et comme logique que dans ce cas la « déclaration » doit au contraire avoir effet rétroactif ; car si l'on doit interdire au juge de rechercher si l'interprétation est juste ou fausse, on ne peut lui laisser le soin d'établir si elle a été donnée dans des listes légitimes ou non. C'est cependant à une époque récente seulement que l'on a émis des contradictions contre cette exception à la règle admise par les « déclarations » ; mais jusqu'à présent ces contradictions n'ont pas trouvé d'écho. Les Codes civils récents correspondent sur ce point à l'état de la doctrine de leur temps : par exemple le Code bavaïse Maximilien (part. I, ch. I, § 18) exclut de la prohibition de rétroactivité les interprétations pures et simples d'une loi qui jusque-là était ambiguë, et par conséquent ce Code exclut les cas où la forme de loi interprétative s'étendrait à des innovations. C'est aussi ce principe que veut poser l'Introduction au Prusz. Landrecht (§ 15) : « L'interprétation d'une loi ancienne jugée utile par le législateur et promulguée conformément aux lois s'applique à tous les cas de droit qui sont encore à décider. » Mais la littérature prussienne récente va beaucoup plus loin, car elle n'hésite pas à admettre que l'on accorde la même valeur à une innovation introduite sous le couvert d'une « déclaration. » On sait que l'*Allgemeins Land-*

recht, dans sa patente de promulgation (§ § 7 et 9), voulait se considérer en quelque sorte comme une interprétation authentique des droits qu'il supprimerait, dans la mesure où ceux-ci étaient obscurs ou douteux. Et c'est pourquoi il ordonnait aux Cours d'appel de donner, dans les procès nés d'affaires plus anciennes, la préférence à l'interprétation qui concorderait avec les prescriptions du Landrecht ou qui s'en rapprocherait le plus. — Analogie et dans le même sens est la décision du Code civil autrichien, § 8 : rétroactivité même pour les dispositions nouvelles. — De même le Code saxon, § 3. — Pour le Code napoléon pas de décision : on l'a crue inutile. — On trouve une disposition dans les lois du 1^{er} décembre 1790, et du 1^{er} septembre 1807 sur l'interprétation authentique. Cependant il y a des controverses en jurisprudence, à cause de la loi de 1807 (abolie en 1828) ; l'opinion dominante est favorable à la rétroactivité.

Etant donnée cette concordance de la doctrine et de la législation, rien à dire en Allemagne, tout au moins *de lege lata*. Mais un nouveau Code ne devrait rien dire sur les lois interprétatives, pour laisser toute liberté à la pratique. (— *Ceci a été admis par le nouveau Code qui est muet sur ce point*).

Parmi tout ce qu'on objecte à la rétroactivité des lois interprétatives, il y a des principes extérieurs sans importance. Il est certain que ce dogme comporte un certain danger (justice de Parlement mal déguisée) et il n'est pas sans intérêt de savoir si une rétractation de droit antérieur passe pour une « déclaration » arbitraire, ou si on la couvre du nom de « déclaration » pour lui donner l'apparence de droit. Mais ceci n'est dangereux que si la « déclaration » est soumise à moins de condi-

tions qu'une loi ordinaire. — D'ailleurs la possibilité d'un abus ne suffit pas à faire rejeter un concept. — Ce qu'il faut considérer, ce sont seulement les raisons intérieures. Il n'y en a que deux de sérieuses.

D'abord on peut s'attacher à ce que, dans les « déclarations », le législateur a régulièrement l'intention d'étendre sa prescription au temps écoulé depuis que la loi interprétée a été rendue. Mais en réalité cette intention de sa part n'est qu'un produit de l'opinion sur la rétroactivité des « déclarations ». C'est parce que cette opinion existe que le législateur croit que son interprétation comme telle doit prétendre à la rétroactivité. Ou inversement il ne choisit la voie de la « déclaration » que parce qu'il veut émettre une disposition avec force rétroactive. Mais si la théorie de la force rétroactive de la « déclaration » tombait elle-même on ne pourrait plus conclure du caractère déclaratif d'une loi à l'intention du législateur de rétroagir. D'ailleurs si le principe posé découlait de l'intention présumée du législateur de rétroagir, on ne pourrait admettre la rétroactivité que dans la mesure usuelle des lois rétroactives ordinaires. Et par conséquent la remise en cause des *causae finitae* serait du même coup exclue. (Bacon, aphor. 51, *l'x declaratoria*, etc.).

Le second argument, le plus répandu, est le suivant : l'interprétation n'est pas une loi nouvelle, mais une manifestation de la puissance publique relative à l'ancienne : ce n'est que cette loi ancienne en meilleure forme, de sorte que l'on ne peut pas parler de rétroactivité, mais seulement d'une application de l'ancienne loi. Et c'est seulement par ce point de vue que l'on peut justifier l'application des lois interprétatives aux

causae finitae. Et c'est aussi ce point de vue qui a amené surtout autrefois à admettre que pour une loi interprétative il n'y avait pas besoin de réunir toutes les conditions de garantie exigées par les lois ordinaires. (Unger admet cette théorie en Autriche). — En fait il n'y a qu'une chose qui n'est pas douteuse, c'est que l'interprétation est autre chose que le conflit avec une ancienne loi ; mais on peut se demander si une interprétation qui émane du législateur et qui prétend être suivie sans condition ne perd pas par là même le caractère de l'interprétation et ne devient pas loi d'innovation.

Et c'est là sans doute la vérité. En ce sens on a remarqué depuis longtemps avec raison que la « déclaration » est une loi nouvelle sans prétention à la rétroactivité quand elle contredit une interprétation jusqu'à générale. Il peut se faire pourtant que cette interprétation générale ait méconnu le caractère véritable de l'ancienne loi, et que la « déclaration » ait eu pour but de la redresser. Il n'en est pas moins vrai que le principe incompréhensible qui s'était trouvé dans l'ancienne loi a fondé une sorte de droit coutumier et la « déclaration » qui intervient a pour résultat de supprimer un droit coutumier qui avait eu pour point de départ l'interprétation de la loi ancienne. Mais cet argument qu'on tire de l'existence possible d'une interprétation générale ne s'appliquerait pas à la plupart des cas.

On a mis en avant aussi une autre argumentation pour le cas où la « déclaration » contredirait tout au moins une interprétation assez courante de l'ancienne prescription. Pour qu'un principe juridique contenu dans une loi devienne vraiment du droit, il ne suffit pas qu'il soit émis par le législateur ; mais il faut qu'il

soit accepté par les citoyens avec la conviction de sa force obligatoire. Sans cette acceptation, une loi ne serait point en vigueur, elle resterait lettre morte. Toute loi ne deviendrait une loi au sens propre du mot que dans la mesure où elle serait acceptée et dans le sens où elle le serait. Si ce sens était après coup regardé comme inexact, ce serait là une nouvelle prescription différente de celle qui aurait été en vigueur ; on ne corrigerait pas ainsi une erreur, mais on changerait une règle de droit.

Cette déduction repose sur l'exagération inexacte d'une vérité certaine : il est vrai que les lois ne parviennent à une valeur effective que parce que l'opinion s'accorde avec elles ; sinon elles tombent aussitôt en désuétude. Mais en sens inverse il ne faut pas exiger comme condition positive pour la force créatrice de droit de la législation, la coopération de cette conviction générale. C'est pourquoi il est inexact de prétendre que le contenu d'une loi devient du droit dans le sens dans lequel le peuple le prend.

Il n'y a de réellement décisive contre la force rétroactive que l'argumentation suivante : Chaque « déclaration » consiste en deux parties qu'il faut bien distinguer : 1^o un *ordre*, à savoir : *ceci ou cela sera le droit* ; 2^o la « *déclaration* » que cet ordre était déjà contenu dans l'ancienne loi. — Il n'y a que le premier élément qui soit vraiment une loi, et à cet égard il y a en lui aussi peu d'aptitude à la rétroactivité qu'en toute autre loi. Le second élément, par contre, est un enseignement donné : il ne commande pas mais énonce ; il ne demande pas l'obéissance mais la foi. Il ne s'adresse pas à la volonté du citoyen mais à sa raison qu'il prétend convaincre. Par suite, ce deuxième élément dépasse le domaine de la contrainte juridique.

La foi, la conviction sont par leur nature soustraites au domaine de la loi. Or, si le juge n'est soumis qu'à l'autorité de la loi, et si dans l'application de celle-ci il n'est tenu de suivre que sa conviction libre, on ne peut pas lui retirer la mission d'examiner si cette énonciation (2^e élément) est juste ou non. Peu importe pour lui qu'elle émane de l'Etat. En l'examinant, il ne critique pas la loi, mais vérifie un fait. S'il aboutit à le nier, on ne peut lui défendre de comprendre l'ancienne loi dans un autre sens que le législateur, et par suite, d'appliquer l'ancienne loi partout où la force propre de la déclaration ne l'atteint point.

A Rome, le juge obéit aux rescrits qui ordonnent souverainement ; chez nous, la séparation des pouvoirs oblige à reconnaître l'indépendance du juge.

A cette dernière argumentation la seule réponse est celle-ci : « Chacun est le meilleur interprète de ses paroles. » D'où la créance légitime de l'interprétation législative. Et si c'est une disposition nouvelle, il faut faire céder l'expression inexacte, insuffisante de la loi primitive devant la volonté désormais éclaircie du législateur. Donc après qu'une « déclaration » a été rendue, il faudrait nécessairement lui accorder un effet rétroactif. — Mais qu'est-ce que la volonté du législateur ? Pas autre chose que la volonté de ceux qui représentent l'Etat. Aussi n'est-on pas autorisé à ne pas remarquer, sous la réalité de la continuité de la vie de l'Etat, qu'en réalité les différents organes de l'Etat ne jouissent pas de la même continuité de vouloir et de conscience. Et si l'on ne veut pas s'éloigner d'un terrain solide, on ne peut pas étendre cette argumentation en dehors du cas où il y a identité de personnes entre ceux qui ont fait l'ancienne loi et ceux qui l'interprètent. Hors ce cas, même indécision que

pour tout autre interprète. Et même dans le cas où les personnes seraient les mêmes, on se demande si l'argument serait encore bon lorsque cette interprétation nous fait connaître, comme intention du législateur, un contenu qui contredit les mots de la loi primitive. Cependant beaucoup d'auteurs enseignent que toujours ce que l'on a voulu dire doit se substituer à ce que l'on a dit sans distinguer comment est connue l'intention du législateur, et cela même quand cette intention se révèle non à l'occasion de la loi elle-même, mais aussi à d'autres occasions (Savigny) ; ce qui est encore moins justifiable.

D'après tout cela nous pouvons résumer ainsi le principe de l'application des « déclarations » aux situations antérieures.

La « déclaration » n'a aucune force rétroactive. Elle ne décharge pas le juge de l'obligation d'examiner lui-même la loi interprétée et ne l'empêche pas d'appliquer la loi dans le vrai sens qu'il a découvert.

Dans des circonstances particulières, la « déclaration » constitue pour l'interprétation un témoignage authentique sur l'intention du législateur et par suite résout l'ambiguïté de la loi interprétée. Mais si elle témoigne d'un autre contenu de volonté que la loi, ou elle conduit à l'interprétation restrictive de cette loi, ou elle détruit sa valeur pour le passé, de telle sorte que, pour le passé, c'est l'ancien droit qui doit venir en application dans les conditions où il existait jusqu'au moment où a été rendue la loi faussement rédigée.

On rapproche souvent de l'interprétation authentique la loi qui décide d'un litige en cours. Il n'y a rien dans le *Corpus juris* à l'appui de cette solution. Mais on argumentait de cette idée qu'il n'y avait pas là *lex nova*, mais *declaratio* du législateur sur le droit exis-

tant. On regardait l'ensemble des règles de droit comme une grande loi unique. Mais il ne faut pas perdre de vue que la décision par voie législative d'une question litigieuse ne rentre pas toujours sous ce point de vue, parce que cette question litigieuse recevra souvent en pareil cas une solution nouvelle ne se basant pas sur l'ancien droit. Si on voulait exclure la rétroactivité dans ce cas et l'autoriser dans les autres, on verrait surgir, comme au cas d'*interpretatio authentica* la question de savoir si c'est le juge ou non qui doit entreprendre ici la vérification. Mais pour nous il n'y a pas ici rétroactivité; et pour les mêmes motifs.

De même pour les lois de confirmation ou de renouvellement, le juge reste toujours tenu à la même vérification.

De même pour les lois de rejet dans lesquelles le législateur déclare qu'une certaine prescription n'a jamais eu force législative ou l'a perdue, par exemple par suite d'une autre loi qui avait été rendue entre temps (1).

(1) Par exemple loi prussienne du 22 fév. 1869. D'après le droit anciennement en vigueur en Prusse, les mariages entre hommes nobles et femmes inférieures étaient nuls. Puis la Constitution prussienne (art. 4) décide l'égalité devant la loi. L'ancien empêchement de mariage était ainsi supprimé. (C. sup. de Berlin 1851). En 1853, ce tribunal change d'avis et déclare que les anciens empêchements étaient encore en vigueur (Lassalle). En 1869, Wölffel a proposé un projet de loi : « La prohibition de mariage, à raison de l'inégalité des rangs est supprimée avec ses conséquences. Les mariages qui ont été conclus à l'encontre de cette prohibition n'ont pas besoin d'être célébrés à nouveau pour être valables. » A ce projet, on a proposé une addition qui ordonnait la pleine rétroactivité jusqu'à la Constitution prussienne. Et on a proposé un autre amendement au contraire pour exclure toute rétroactivité : « Les prohibitions seront supprimées à l'avenir. » On a défendu la forme présente « est » en disant qu'elle ne fondait pas une rétroactivité et ne créait pas un *præjudicium* sur la question de savoir si l'empêchement au mariage était seulement écarté pour la première fois, ou s'il l'avait déjà été par la Constitution. Le Ministre de la Justice a déclaré que le présent ou le futur importait peu. Mais on a accepté le présent. Il n'est pas douteux cependant que la loi en cette forme est rétroactive dans la mesure où elle fixe les effets des mariages qui avaient été conclus sous l'empire de la jurisprudence ancienne, dans des conditions nouvelles pour l'avenir.

TABLE DES EXTRAITS DE GOEPPERT⁽¹⁾

INTRODUCTION.....	230
§ 1. Exposé de la littérature sur la question.....	230
(§ 2. Le principe dans les lois positives).	
CHAPITRE I. — Développement dogmatique du principe ..	232
§ 3. Etat actuel des doctrines sur la matière	232
CHAPITRE II. — La règle est-elle une limite aux pouvoirs du législateur ou un principe juridique ?	237
§ 4.	237
(§ 5. Inadmissibilité d'une autre théorie érigeant le principe en limite aux pouvoirs du législateur).	
§ 6. Le principe en tant que principe juridique.....	238
§ 7. Le sens de l'expression <i>loi</i> dans la façon habi- tuelle de formuler le principe.....	243
CHAPITRE III. — Théories antérieures	245
§ 8.	245
(§ 9. Théorie de Savigny).	
(§ 10. Théories de Lassalle et de Gabba).	
§ 11. Théories qui se rattachent aux <i>facta praeterita</i>	251
§ 12. Autres théories.....	254
CHAPITRE IV. — Théorie personnelle de l'auteur.....	257
§ 13. Préliminaires.....	257
§ 14. Effet d'un principe juridique	257
.....	
§ 22. Lois interprétatives.....	260

Vu :

Lyon, le 20 novembre 1908.

Le Président de la Thèse,

HUVELIN.

Vu :

Lyon, le 20 novembre 1908.

Le Doyen de la Faculté,

FLURER.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 21 novembre 1908.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

P. JOUBIN.

(1) Les paragraphes rapportés entre parenthèses dans cette table des matières n'ont été mentionnés que pour mémoire, mais ne figurent pas dans les extraits traduits.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE.....	5
INTRODUCTION.....	9
I. — Exposé du sujet.....	9
II. — Historique.....	12
 PREMIÈRE PARTIE. — Etude et réfutation des diverses définitions de l'effet rétroactif.....	 19
PRÉLIMINAIRES.....	19
SECTION I. — Système de Blondeau.....	22
SECTION II. — Système de Laurent.....	49
SECTION III. — Système de Vareilles-Sommières.....	78
 DEUXIÈME PARTIE. — Interprétation logique de l'art. 2 C. civ.....	 117
PRÉLIMINAIRES.....	117
CHAPITRE I. — Système actuel résultant de l'interprétation de l'art 2 C. civ.....	 118
PRÉLIMINAIRES.....	118
SECTION I.....	119
Paragraphe I.....	119
Alinéa I. — (Lois interprétatives).....	121
Alinéa II. — (Lois basées sur la morale, le droit naturel, etc.).....	131
Paragraphe II.....	134
Alinéa I.....	136
Alinéa II.....	141
I. — Lois constitutionnelles.....	141

	Pages
II. — Lois politiques et administratives et lois relatives à l'organisation des pouvoirs publics.....	142
III. — Traités diplomatiques.....	143
IV. — Lois de police et de sûreté.....	144
V. — Lois relatives à la compétence et à la pro- cédure	148
VI. — Lois relatives à l'exécution forcée.....	152
VII. — Lois prescrivant des formalités conserva- toires.....	153
VIII. — Lois d'ordre public.....	156
IX. — Matières disciplinaires.....	163
<i>Alinéa III</i>	163
SECTION II.....	166
SECTION III.....	169
CHAPITRE II. — Théorie sommaire de l'application des lois dans le temps.....	176
PRÉLIMINAIRES	176
SECTION I. — Véritable sens de l'art. 2 G. civ.	177
SECTION II. — Principes généraux relatifs à l'application des lois quant au temps	182
Paragraphe I.....	182
Paragraphe II.....	189
Paragraphe III.....	204
Paragraphe IV.....	211
CONCLUSION	215
SUPPLÉMENT.....	217
PRÉLIMINAIRES.	217
EXTRAITS DE OTTO STOBBE.....	218
EXTRAITS DE GOÉPPERT.....	230
TABLE DES MATIÈRES DES EXTRAITS DE GOEPPERT.....	270

